J. germ.
66
fm

J. germ.
66 fm

Gaupp.

Ueber die Zukunft des deutschen Rechts.

Eine germanistische,

mit besonderer Rücksicht auf die großen Gesetzbücher der neueren Zeit verfaßte

Abhandlung

von

Dr. Ernst Theodor Gaupp,

ordentlichem Professor der Rechte an der Königlichen Universität zu Breslau.

Breslau,

im Verlage von Josef Max und Comp.

1847.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Die Gegenstände, mit welchen sich die folgenden Blätter beschäftigen, sind in neuerer Zeit zum Theil vielfach besprochen worden. Daß mir die wichtigsten hier einschlagenden Schriften und Abhandlungen von Beseler, Thöl, Gerber, Reyscher, Wächter und Andern bekannt sind, brauche ich wohl nicht erst zu versichern; aber gewiß können Fragen von so großer Bedeutung wie diejenigen, welche unsern Rechtszustand und seine Grundlagen betreffen, gar nicht von zu vielen Seiten beleuchtet werden. Inwiefern der Einzelne, der hier ein Votum abgiebt, dabei auf eigenen Füßen stehe, das wird er selbst am besten wissen; aber inwieweit er auch etwas die gesunde Entwickelung Förderndes zu Tage bringe, das kommt grade ihm am wenigsten zu beurtheilen zu. Uebrigens bemerke ich, daß polemische Erörterungen gänzlich außer dem Plane meiner Abhandlung lagen, welche von vorn herein die Richtung mehr auf ein Positives als ein Negatives zu nehmen suchte.

Unter den vielen interessanten Seiten, welche der Inhalt der neuen großen Gesetzbücher der wissenschaftlichen Betrachtung darbietet, ist es sicher nicht die unwichtigste, daß wir in ihnen ebensowohl Vorläufer der Zukunft, als Ausgangspuncte der Vergangenheit vor uns haben. Aus diesem

Grunde ist hier ein Versuch gemacht worden, das nähere Verhältniß, wenn auch nur in großen Zügen, nachzuweisen, welches zwischen der umfassendsten Gesetzgebung in Deutschland, dem preußischen Landrechte und dem vaterländischen Rechte Statt findet. Langjährige praktische Beschäftigung mit jenem ersteren und wiederholte akademische Vorträge darüber haben mich zum genaueren Studium desselben geführt, und bei vorherrschender Neigung zu vergleichender Jurisprudenz ergab sich dann der Uebergang zu den beiden andern Gesetzbüchern, dem französischen und österreichischen von selbst. Insofern es sich aber darum handelte, den Inhalt dieser Werke in unmittelbare Beziehung zu den beiden großen europäischen Quellenrechten zu bringen, trat für mich überall die Frage in den Vordergrund, welcher Antheil denn grade dem deutschen oder germanischen Rechte, als dem einen der beiden Hauptfactoren, an der Gestaltung des in diesen Gesetzbüchern niedergelegten Stoffes zugeschrieben werden müsse? Und grade hier schienen mir auch vorzugsweise noch solche Gebiete vorhanden zu sein, welche von der wissenschaftlichen Forschung bisher nur sehr im Vorübergehen besucht worden sind.

Um jedoch die großen Gesetzgebungen der neueren Zeit gleichsam in den Mittelpunct der Darstellung versetzen zu können, waren zunächst manche vorbereitende Untersuchungen nöthig, welche auch in die Vergangenheit zurückführten, und hier nahm besonders die Frage über die Bedeutung der Reception des römischen Rechts die Aufmerksamkeit in Anspruch. Von selbst versteht sich, daß bei der Aufnahme eines fremden Rechts in irgend einem Lande jederzeit eine bestimmte concrete Gestalt desselben vorausgesetzt wird, in

welcher es nun auch anderwärts gesetzliche Kraft erhalten soll. Die Reception wird sich also, rein äußerlich aufgefaßt, regelmäßig auf gewisse Rechtsquellen, auf eine oder mehrere Sammlungen von Gesetzen beziehen, in denen jenes Recht, wie es in einem einzelnen, bestimmten Zeitpuncte beschaffen war, enthalten ist, und welche nun mit legaler Auctorität in ein anderes Land verpflanzt werden. So ist denn auch das römische Recht nur in derjenigen Form, welche ihm in der Justinianischen Compilation zu Theil geworden, zu gesetzlichem Ansehen gelangt, und wir könnten heute noch die wichtigsten Werke aus der Blüthenzeit der römischen Jurisprudenz neu auffinden, ohne daß die gemeinrechtliche Praxis dadurch unmittelbar berührt werden würde. Aber dieses Sachverhältniß durfte die nachfolgende Darstellung überall als bekannt voraussetzen. Nicht die äußere, sondern die innere Seite der Reception des fremden Rechts schien eine genauere Erörterung nöthig zu machen, und zwar um so mehr, je sorgfältiger alle hierher gehörigen Fragen bei den Wünschen nach Reformen des bürgerlichen Rechts in Deutschland beachtet werden müssen.

An die Betrachtung der großen neuen Gesetzbücher knüpften sich aber außerdem auch gewisse Aussichten in die Rechtsentwickelung der Zukunft an, indem grade die Mischung von römischem und deutschem Recht, wie sie in jenen Werken trotz der aufgehobenen legalen Gültigkeit der römischen Rechtsquellen erscheint, sehr geeignet sein dürfte, um darauf gewisse Schlüsse über den Inhalt des positiven Rechts kommender Zeiten zu bauen. Aus der festen Ueberzeugung, daß das deutsche Recht die ihm gebührende Stelle noch nicht errungen habe und das Ansehen desselben im Leben wachsen

müsse, für die Erreichung dieses Zieles aber in unsern Tagen nicht selten auf eine sehr verfehlte Weise gekämpft werde, ging dann die Frage hervor, was denn in der wissenschaftlichen Behandlung desselben als Hauptaufgabe zu betrachten sei, wenn für jenen Zweck in wahrhaft förderlicher Richtung gewirkt werden solle? Das Ergebniß meiner praktischen Beobachtungen und theoretischen Studien habe ich in den folgenden Blättern übersichtlich zu entwickeln gesucht.

Die Versicherung der größten Unbefangenheit und eines nur auf die Sache selbst gerichteten Strebens nach Wahrheit würde nichts fruchten, wenn die Darstellung nicht selbst ein Zeugniß dafür ablegen sollte. Wer den goldenen Sinnspruch von Göthe verstanden hat:

Willst du dir aber das Beste thun,
So bleib nicht auf dir selber ruhn.
Sondern folg' eines Meisters Sinn;
Mit ihm zu irren ist dir Gewinn. —,

der weiß auch zu würdigen, was Seneca ep. 45 von sich selbst verkündet: **Non me cuiquam mancipavi, nullius nomen fero; multum magnorum virorum judicio credo, aliquid et meo vindico.** Glücklich, wer in strebender Jugendzeit bewußt oder unbewußt von der Wahrheit des ersten Satzes geleitet wird, um sich in gereifteren Jahren mit Gefühlen der Pietät zu dem zweiten als seinem Wahlspruche bekennen zu dürfen.

Breslau, den 31. Mai 1847.

Inhalt.

Ueber die Zukunft des deutschen Rechts.

Seite

§ 1. Deutschland auch in Betreff des positiven Rechts das Land der europäischen Mitte 1

§ 2. Die Reception des römischen Rechts in Deutschland als äußere Thatsache 4

§ 3. Rechtsinstitute und Rechtsregeln 5

§ 4. Natur und Freiheit als Quellen des positiven Rechts 9

§ 5. Was ist unter der Reception eines fremden Rechts in einem Lande zu verstehen? 14

§ 6. Die innere Bedeutung der Reception des römischen Rechts in Deutschland 16

§ 7. Fortbildung des positiven Rechts in Deutschland seit der Reception des römischen Rechts durch Wissenschaft und Gesetzgebung 24

§ 8. Bildung des gemeinen subsidiarischen Rechts 27

§ 9. Begriff des gemeinen Rechts 32

§ 10. Uebergang zu den großen Gesetzbüchern der neueren Zeit mit dem Charakter der Exclusivität 37

§ 11. Das deutsche Recht im preußischen Landrechte 42

§ 12. Das deutsche Recht im österreichischen Gesetzbuche, und das germanische Recht im Code Napoléon 62

		Seite
§ 13.	Ueber den verschiedenen Umfang des Princips der Exclusivität in diesen Gesetzbüchern	68
§ 14.	Die Literatur der neuen Gesetzbücher im Allgemeinen betrachtet.	77
§ 15.	Der neue Schwung der Rechtswissenschaft in Deutschland seit dem Ausgange des vorigen Jahrhunderts	86
§ 16.	Die historische und die philosophische Rechtsschule	91
§ 17.	Der Kampf zwischen dem römischen und dem deutschen Recht.	99

§ 1. Deutschland auch in Betreff des positiven Rechts das Land der europäischen Mitte.

Der Rechtszustand in Deutschland beruht im Wesentlichen überall auf denselben Grundlagen. Zu dem einheimischen Rechte, dessen Anfänge sich bis in die ersten Jahrhunderte unserer Zeitrechnung zurück verfolgen lassen, und welches namentlich seit den Zeiten der Völkerwanderung in der bestimmteren Gestalt einer Anzahl verschiedener Volksrechte erscheint, sind im Laufe der Geschichte das römische und canonische Recht hinzugetreten, und aus einer Verschmelzung dieser Elemente ist durch die wunderbarste, noch immer fortdauernde Verschlingung unzähliger Gedankenkreise und Lebensformen das heute geltende Recht erwachsen.

Deutschland läßt sich in vielen Beziehungen als das Land der europäischen Mitte bezeichnen. Denn nicht genug, daß alle dasselbe umgebenden Länder durch Uebergangsgebiete von mehr oder weniger gemischter Beschaffenheit mit ihm zusammenhängen, (und in Beziehung hierauf ist selbst der Mangel bestimmter Naturgrenzen nach Osten und nach Westen sehr hoch anzuschlagen,) so scheint es auch hinsichtlich der inneren Entwickelung recht eigentlich zu seiner Bestimmung zu gehören, die bedeutsamsten geschichtlichen Gegensätze des europäischen Culturlebens in seinem Schooße vorzugsweise zu bergen, oder doch von denselben angestreift zu werden. Eben damit dürfte ihm aber auch die Aufgabe gesetzt sein, in dem Weiterschreiten des menschlichen Geistes überhaupt, jene schroffen Gegensätze mehr und mehr auszuglei-

chen und die individuellen Lebensformen zwar nicht zu vernichten, wohl aber durch das gemeinsame Band einer freien selbstbewußten Humanität unter sich zu verknüpfen und zu immer schöneren Bildungen derselben hinzustreben.

Der hervorgehobene Charakter giebt sich auch in der Gestaltung des Rechts in Deutschland ganz unverkennbar kund, und dieses ist eben dadurch in Wahrheit das Land der Mitte zwischen dem romanischen Europa und den in ihrem Rechte reiner germanisch gebliebenen Ländern, England und Scandinavien, geworden. Denn als eines von den eigentlich germanischen Ländern hat es auch seit dem Beginn seiner Geschichte dieses sein volksthümliches Recht als das ihm angeborne, ursprüngliche besessen; es ist also dadurch mit jenen andern Ländern, in welchen das römische Recht im Allgemeinen nur einen wissenschaftlichen, aber gar keinen oder nur einen höchst beschränkten legalen Einfluß ausgeübt hat, in fortwährender Verbindung geblieben, und unsere Zeit hat wohl zur Genüge bewiesen, wie fruchtbringend diese innere Verwandtschaft mit Deutschland zunächst für die Wissenschaft derselben geworden ist. Aber durch die Reception des römischen Rechts ist unser Vaterland in dieser Beziehung gleichsam auch ein Glied des romanischen Europa geworden, und hat mit den eigentlich so genannten Ländern an jener großen Erbschaft der antiken Welt, die uns in den Justinianischen Gesetzbüchern erhalten ist, seit Jahrhunderten gemeinschaftlich Antheil genommen. Bei aller Verschiedenheit im Einzelnen, welche namentlich schon darin lag, daß in den romanischen Ländern das germanische Recht zum römischen, in Deutschland aber das römische zum germanischen hinzukam, Rechtswissenschaft und Leben also dadurch hier und dort in sehr abweichende Stellung zu einander geriethen, steht doch immer fest, daß der eigentliche Rechtsstoff dort wie hier in ähnlicher Art aus einer Mischung der bei-

den großen Volksrechte hervorging, denen vor allen andern eine weltgeschichtliche Bedeutsamkeit beigelegt werden muß.

Eben jener bezeichnete Charakter Deutschlands, namentlich in Betreff der Rechtsentwickelung, läßt sich aber auch in noch weiteren Kreisen verfolgen und nachweisen. Den Romanen und Germanen, als den Trägern des occidentalen Lebens, mithin den eigentlichen Culturvölkern in Europa, steht im Osten die weit ausgebreitete slawische Völkerwelt gegenüber, deren westliche Enden jedoch ebenfalls mehr oder weniger in den Kreis des Occidents hereingezogen worden sind. Das Slawenthum findet seinen Hauptausdruck in Rußland; dieses aber ist seit den ersten Anfängen seiner Geschichte einerseits germanischen, andererseits byzantinischen (oströmischen) Einflüssen auch in seinem Rechte auf die mannigfaltigste Weise ausgesetzt gewesen, und so ist Deutschland auch in dieser Hinsicht als ein großes Gebiet des Ueberganges und der Vermittelung zwischen West und Ost, zwischen Süd und Nord zu betrachten. Die Wirkungen hiervon äußern sich auch keinesweges etwa bloß im Gebiete des Privatrechts, sondern haben gerade in neuerer Zeit vielfach auch ins Staatsrecht hinübergereicht. Wie wichtig ist nicht z. B. für die ganze Zukunft Europas das Thronfolge-Gesetz, welches Paul I. noch als Großfürst am 4. (15.) Januar 1788 aufgesetzt und nebst seiner Gemahlin unterschrieben hatte, dann aber an seinem Krönungstage am 5. (16.) April 1797 der ganzen Nation als Reichsgesetz bekannt machte. Indem er darin für ewige Zeit die Erblichkeit der Thronfolge, und zwar der Linealfolge nach dem Recht der Erstgeburt, zuerst im Mannsstamm, nach dessen Erledigung auch im Weiberstamm verordnete, wurde er ganz unverkennbar von deutschen Mustern geleitet, und schloß sich an bekannte Regeln des deutschen Privatfürstenrechts an. Aber eben so hat auch Frankreich noch in jüngster Zeit seinen östlichen

1*

Nachbarn sehr einflußreiche Grundsätze jenes Rechts entlehnt, und das am 1. September 1842 publicirte Regentschaftsgesetz, worin die Volljährigkeit eines Königs von Frankreich auf das vollendete 18te Jahr bestimmt wird, läßt sich, lediglich von Seiten des Inhalts betrachtet, in mehrfacher Hinsicht einem deutschen Hausgesetze an die Seite stellen.

§ 2. Die Reception des römischen Rechts in Deutschland als äußere Thatsache.

Die Reception des römischen Rechts in Deutschland ist nicht von oben her befohlen worden; sie war auch nicht eine Folge seiner Vortrefflichkeit, wie uns dieß noch heute so oft versichert wird, sondern sie ging unmittelbar aus den Ansichten von der Fortdauer des alten römischen Reiches hervor, welches nur die Nation gewechselt habe und von der römischen auf die deutsche übergegangen sei. Diese Ansichten aber sind selbst wieder an gewisse, die Jahrhunderte des Mittelalters beherrschende Vorstellungen über die Weltregierung im Allgemeinen und über das Eine zu allen Zeiten vorhanden gewesene große Weltreich anzuknüpfen. Das römische Recht war eben deshalb für den Staat, das Reich des Mittelalters, gar kein fremdes Recht; vielmehr verstand sich seine Gültigkeit in diesem von selbst, und diese Vorstellung liegt der wirklichen Anwendung desselben in deutschen Gerichten seit dem 13ten Jahrhundert überall zu Grunde.*) Als wirklich fremd trat es dagegen dem Volksthum in Deutschland gegenüber, und dieser Umstand hat über die Bedingungen seiner möglichen Anwendbarkeit entschieden.

*) Ausführlicher habe ich hierüber gesprochen in meinem Buche: Die germanischen Ansiedelungen und Landtheilungen in den Provinzen des römischen Westreiches. S. 8 fg.

Von dem canonischen Rechte können wir hier im weiteren Verfolge absehen. Dasselbe läßt sich nämlich seinem Inhalte nach in die zwei Bestandtheile, Kirchenrecht und bürgerliches Recht im weitesten Sinne des Wortes zerlegen. So weit es lediglich Kirchenrecht ist, scheidet es hier von selbst aus; als bürgerliches Recht aber erscheint es in seiner Wurzel nicht mehr als etwas Eigenthümliches, sondern ist selbst ganz bestimmt entweder römisches oder germanisches Recht, oder aus der Verschmelzung von beiden hervorgegangen, stellt sich also dann nicht als etwas Besonderes neben die übrigen Rechtselemente in Deutschland hin, sondern geht vollkommen in denselben auf.

Aber was heißt eigentlich Reception eines fremden Rechts? Wer irgend eine Vorstellung hat von den tausend unsichtbaren Fäden, durch welche das Recht mit der Sitte und Sprache, mit dem geheimsten, unbewußt wirkenden Nationalgefühle, mit dem Familien- und gesellschaftlichen Leben überhaupt, ja mit der gesammten Weltanschauung auf das innigste verwebt ist, der wird auch nicht anstehen, eine solche Reception für eines der am weitesten hin wirkenden Ereignisse in der geschichtlichen Entwickelung eines Volkes zu halten. Aber nur um so nothwendiger scheint es, diesen Begriff etwas genauer zu zergliedern, und sicher kann eine nähere Erörterung dieses Gegenstandes auch heute noch nicht für überflüssig erachtet werden. Um eine solche unternehmen zu können, ist es jedoch nöthig, den Pfad der Untersuchung vorher noch bestimmter abzugrenzen und den Standpunct zur Uebersicht des Ganzen näher zu bezeichnen.

§ 3. Rechtsinstitute und Rechtsregeln.

Jedes positive, geschichtlich vorhandene bürgerliche Recht besteht seinem Inhalte nach aus zwei Theilen, aus Rechts-

institutum und Rechtssätzen (Rechtsregeln), und die Verschiedenheit der positiven Rechte giebt sich nicht bloß in den letzteren, sondern auch in den ersteren kund; denn obwohl auch bei den Rechtsinstituten durch gleiches Bedürfniß viele Aehnlichkeit unter den verschiedenen Volksrechten hervorgebracht wird, so ist doch die tiefere Wurzel einer großen Anzahl derselben in dem unerklärten Geheimniß der Nationalität zu suchen, und damit hängt zusammen, daß viele von ihnen auch nur dem einzelnen Volke als solchem angehören. Die Rechtssätze kommen zur Anwendung bei der Beurtheilung der unter bestimmten Individuen bestehenden Rechtsverhältnisse, und insofern unter gewissen Personen der Umfang gegenseitiger Berechtigung und Verpflichtung aus irgend einem Rechtsverhältniß streitig wird und die Entscheidung hierüber dem Richter anheimfällt, ist dasjenige vorhanden, was wir einen Rechtsfall nennen. Alle Rechtsverhältnisse aber entstehen entweder durch Rechtsgeschäfte oder nach Gewohnheit und Gesetz in Folge gewisser factischer Zustände oder Begebenheiten, welche einen eigenthümlichen Kreis von Befugnissen und Pflichten für die dabei betheiligten Personen nach sich ziehen. Merkwürdig ist, wie das Leben der Einzelnen von den Rechtsverhältnissen, in denen sie sich bewegen, in so sehr verschiedenem Grade ergriffen und beherrscht wird. Viele darunter, wie namentlich die des Familienrechts, sind dauernder Natur und von so weithin reichender Wirkung, daß sich in der Sphäre, in welcher sie vorkommen, immer wieder neue Rechtsverhältnisse aus ihnen heraus entwickeln; andere dagegen, wohin besonders die des Obligationenrechts gehören, reichen im Allgemeinen nicht weiter, als es das ihnen zu Grunde liegende Rechtsgeschäft mit sich bringt, und finden, wenn dieses zur Ausführung kommt, ihre vollständige Erledigung. Offenbar ist aber nun jedes Rechtsverhältniß, insofern es ohne ein vorausgehendes

Rechtsgeschäft entsteht, und eben so auch jedes Rechtsgeschäft, insofern es selbst wieder die Quelle eines bestimmten Rechtsverhältnisses bildet, auf ein allgemeineres Abstractum zurück zu beziehen, und eben dieses, als organischer objectiver Theil des einzelnen positiven Rechts, ganz abgelöst von bestimmten Persönlichkeiten gedacht, ist als Rechtsinstitut zu bezeichnen. Diese letzteren sind unter sich selbst systematisch verbunden; sie bilden die allgemeinen Typen, die Grundformen für die rechtlichen Gedanken, welche im Bewußtsein des Volkes leben. Im Einzelnen aber können diese Gedanken einen sehr mannigfaltig gestalteten Ausdruck gewinnen, und daher können die Rechtsregeln in Betreff desselben Rechtsinstituts theils bei verschiedenen Völkern, theils innerhalb desselben Volks zu verschiedenen Zeiten oder in einander coordinirten Particularrechten selbst von sehr abweichender Beschaffenheit sein. Auf die Bildung der Rechtsverhältnisse unter besondern Personen wird überall theils die denselben gestattete Autonomie, theils die unerschöpfliche Casuistik des Lebens den größten Einfluß ausüben; aber wie bunt und zusammengesetzt sich dieselben auch verschlingen mögen, so steht doch in der That, wie Savigny sagt, *) jedes Rechtsverhältniß unter einem entsprechenden Rechtsinstitut als seinem Typus, und wird von diesem auf gleiche Weise beherrscht, wie das einzelne Rechtsurtheil von der Rechtsregel.

Das Obige ist jedoch jetzt noch durch einige Beispiele deutlicher zu machen. Niemand wird zweifeln, daß der ehelichen Gütergemeinschaft, insofern sie unter zwei Ehegatten wirklich gilt, gleichviel ob sie durch Vertrag oder durch Gesetz entstanden ist, der Name eines Rechtsverhältnisses gebührt, während eben dieselbe, allgemein aufgefaßt, als Rechtsinstitut betrachtet werden muß. Nicht minder ist klar,

*) System des heutigen römischen Rechts. Bd. I. § 5.

daß Erbverträge sowohl als Testamente, d. h. einseitige letzte Willensverordnungen mit Erbeseinsetzung, einzeln als von bestimmten Personen geschlossen und errichtet, Rechtsgeschäfte, dagegen als Glieder des bei einem Volke geltenden Rechts objectiv aufgefaßt, Rechtsinstitute genannt zu werden verdienen. Eben hiermit stimmt auch die gewöhnliche Redeweise vollkommen überein, und der Sprachgebrauch geht ganz allgemein dahin, daß das eigentliche Testament ein dem deutschen, so wie der Erbvertrag und die eheliche Gütergemeinschaft ein Paar dem römischen Rechte unbekannte Rechtsinstitute seien. Uneigentlich wird diese Bezeichnung sogar auf gewisse Gegenstände der Sachenwelt, Grundstücke oder andere Vermögenstheile übergetragen, hinsichtlich deren eigenthümliche Befugnisse innerhalb eines bestimmten Kreises von Personen existiren, wie z. B. das Fideicommiß des deutschen Rechts, welchen Ausdruck man bekanntlich sowohl für den mit Fideicommißeigenschaft belegten Gegenstand, als auch für die jene Eigenschaft begründende Verfügung gebraucht, die Grade, das Heergewäte, die statutarische Portion u. s. w. häufig als Rechtsinstitute aufgeführt werden, während dieser letztere Name im strengen Sinne auch hier nur für das Abstractum des Rechtsverhältnisses gebraucht werden sollte, welches in Betreff jener Gegenstände zwischen den Berechtigten und den Verpflichteten eintritt.

Im Allgemeinen läßt sich wohl behaupten, daß die Rechtsinstitute einen stabileren Charakter an sich tragen, als die Rechtsregeln, und mit dem Volksthum als solchem noch inniger verwachsen sind. Dieser Zusammenhang giebt sich auch in der weiteren Entwickelung kund, denn wiewohl die Geschichte auch bei ihnen einen mannigfaltigen Wechsel zeigt, so erfolgen doch die Veränderungen, die mit ihnen vorgehen, der Regel nach mehr von innen heraus, durch Umwandlungen der Sitte, der Cultur und des Verkehrs überhaupt als

durch Eingriffe von oben her. Dagegen erscheint das Gebiet der Rechtsregeln in einer größeren Flüssigkeit und Beweglichkeit, und ist eben deshalb auch mehr Einwirkung von außen her unterworfen. Damit steht dann weiter in Verbindung, daß der Einfluß der Wissenschaft und Gesetzgebung vorzugsweise immer auf diesem letzteren Felde hervorzutreten pflegt, während sich die Rechtsinstitute als mehr oder weniger ursprüngliche Theile des gesammten Volkslebens einer größeren Unantastbarkeit erfreuen.

§ 4. Natur und Freiheit als Quellen des positiven Rechts.

Seiner Quelle nach ist alles positive Recht als organischer Theil einer lebendigen Volksthümlichkeit ein Product von Natur und Freiheit; weder ein bloßes Naturgewächs, welchem sich der Mensch gedankenlos zu unterwerfen hätte, noch auch eine bloße Schöpfung menschlicher Willkür, sondern durch ein wunderbares Zusammenwirken jener beiden Factoren ins Leben gerufen. Aber das Verhältniß dieser letzteren untereinander pflegt in den verschiedenen Entwickelungsperioden eines Volkes selbst ein verschiedenes zu sein, und wie in der Jugendzeit desselben die Natur vorwaltet, so muß nothwendig in der weiteren Fortbildung die Freiheit immer mehr an Wirksamkeit und Einfluß gewinnen.

Eine Menge von Rechtsinstituten kommt in allen positiven Rechten, wenn nicht in vollkommen gleicher, so doch in sehr verwandter und ähnlicher Weise vor, und diese Aehnlichkeit gehört zu den interessantesten Erscheinungen, mit denen sich die Betrachtung des Völkerlebens im Großen beschäftigen kann. Die Philosophie des positiven Rechts, die vergleichende Jurisprudenz findet hier ein weites Feld der fruchtbarsten Untersuchungen. Der tiefere Grund jener

Verwandtschaft liegt aber eben in der überall wirksamen Gemeinschaftlichkeit jener beiden Factoren des Rechts: darin, daß die natürlichen Bedingungen des menschlichen Daseins überall mehr oder weniger dieselben sind, und daß des Menschen Natur selbst dahin geht, Vernunft zu besitzen und zu äußern. Alle Rechtsverhältnisse zwischen Menschen unter einander, so wie zwischen Menschen und der Sachenwelt sind anzuknüpfen an gewisse natürliche, rein menschliche Grundverhältnisse, welche in der Idee jenseits des Rechts liegen, und wie man mit den römischen Juristen sagen kann, zunächst facti, nicht juris sind; alle Rechtsgeschäfte sind zurückzuführen auf an sich einfache menschliche Handlungen, wie sie die Sitte, das Bedürfniß, der Trieb nach Verbesserung der eigenen Zustände bald so, bald anders hervorruft. Das gesammte Familienrecht wächst heraus aus der Verbindung von Mann und Weib, welche zunächst lediglich durch die Geschlechtsverschiedenheit geschaffen wird. Die Grundlage alles Sachenrechts bildet der Besitz, die Gewahrsam, also an sich die ganz äußerliche Verknüpfung, welche zwischen einer Person und einer Sache durch thatsächliches Innehaben eingetreten ist, und in dieser Gestalt noch etwas Außerjuristisches. Das ganze Obligationenrecht, soweit es nicht die Folgen von Beschädigungen betrifft, sondern von Verträgen ausgeht, beruht einfach auf dem Versprechen und der Annahme desselben.

Aber bei jedem Volke (natio), d. h. einer durch gemeinsame Abstammung unter sich verbundenen Menschenmasse, gestalten sich diese ganz allgemein menschlichen Verhältnisse und Geschäfte, insofern Berechtigung und Verpflichtung der Einzelnen gegen einander abzumessen sind, in eigenthümlicher, concreter Weise. Es bilden sich also nun gewisse normale Grundformen für dieselben, d. h. Rechtsinstitute; aus diesen erwächst ein System von entsprechenden Regeln des

Verhaltens, denen sich der Einzelne unterwerfen muß, und so entsteht ein eigenes positives Recht des Volkes. In der Vorstellung kann man es deutlich verfolgen, wie sich dieses eigentliche Recht nach und nach immer bestimmter von der Sitte ablöset und eine Selbstständigkeit für sich gewinnt, wenn dieß gleich im Einzelnen nicht mehr nachweisbar erscheint, so wenig wie bei einem Volke die an sich unzweifelhafte Abkunft von denselben Stammeltern und das allmählige Herauswachsen aus der Familie und dem Stamm durch alle Geschlechtsfolgen hindurch unmittelbar und direct zu erweisen ist. In der Familie herrscht und genügt noch die Sitte; die Urfamilie ist Urstaat und jede Familie, unabhängig dargestellt, ist Staat, wie Dahlmann sagt, *) aber man darf hinzusetzen, noch weit mehr Staat der Natur als der Freiheit. Damit hängt zusammen, daß das eigentlich rechtliche Element gegen das physische und gegen das sittliche Element der Liebe und des Vertrauens hier ganz in den Hintergrund tritt; das erstere ist den letzteren so sehr untergeordnet, daß selbst die Richtergewalt des Hausvaters in seiner eigenen Sache gar nichts Auffallendes an sich trägt, vielmehr mit dem natürlichen Verhältniß in völliger Uebereinstimmung ist. Aber je mehr sich der Kreis erweitert, desto weniger reicht die bloße Sitte allein noch hin, und es muß für einen geregelten Zwang gegen den dem Rechte Ungehorsamen gesorgt werden. Der ganze, rechtliche Verkehr der Individuen unter einander, aus welchem Befugnisse und Verbindlichkeiten erwachsen sollen, wird nun durch Gebot, Verbot, Erlaubniß und Strafe bestimmter geordnet, wie dieß in dem bekannten Spruche ausgedrückt ist: **Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.** Unzweifelhaft aber läßt sich behaupten, daß jedem

---

*) Politik. Bd. I. S. 3.

Volke vermöge einer wahren Naturnothwendigkeit ein solcher rechtsbildender Trieb inwohne, welcher in der Jugendzeit desselben fast instinctmäßig wirksam ist, bei weiterem Fortschritt aber immer mehr in eine mit Bewußtsein geübte Freiheit (Gesetzgebung) übergeht. Je tiefer dann dieser Geist der Freiheit von dem gemeinsam Nationalen durchdrungen ist, je inniger er zugleich mit dem Herzen daran Theil nimmt, desto glücklicher wird er auch in seinen mit Selbstbestimmung hervorgebrachten Schöpfungen sein.

Sehr interessante Resultate gewährt übrigens die Vergleichung der verschiedenen positiven Rechte in Beziehung auf die größere oder geringere Stärke jenes rechtsbildenden Triebes. Manche Völker besitzen einen solchen in sehr hohem Grade; es gehört recht eigentlich zu ihrem besondern Charakter, allen menschlichen Verhältnissen, um dieselben als Rechtsverhältnisse gelten zu lassen, eine sehr bestimmte civile oder positive Färbung aufzudrücken; ja wo diese Richtung vorherrscht, erscheint das natürlich Menschliche namentlich im Familienrecht nicht selten sogar durch künstliches, positives Recht getrübt und verdunkelt, wobei sich jedoch sehr wohl denken läßt, daß das den einfachen Gesetzen der Natur minder entsprechende Recht durch eine reine und edle Sitte wieder gemildert sein könne. Andere Völker räumen dagegen den rein menschlichen Verhältnissen schon in ihrer ursprünglichen Gestalt mehr die Bedeutung wirklicher Rechtsverhältnisse ein; sie vermischen dieselben nur mit einem sehr geringen civilen Beisatz; sie lassen überall das Natürliche auch im Rechte mehr vorwalten, und damit ist dann regelmäßig auch eine große Formlosigkeit ihres positiven Rechts verbunden.

Es verdient wohl die höchste Beachtung, daß die beiden europäischen Quellenrechte, welche vor allen andern als weltgeschichtlich bedeutsam zu gelten verdienen, Beispiele für

den hier bemerkten Unterschied liefern. Das römische Recht erscheint überwiegend in jener streng civilen Gestalt, und zwar merkwürdiger Weise in um so höherem Grade, je weiter man in seiner Geschichte zurückgeht. Es hat aber dann zu seinem Entwickelungsgesetze gehört, im Laufe der Jahrhunderte diesen starren civilen Charakter mehr und mehr abzustreifen, und in den allgemein menschlichen umzuwandeln; das jus civile ist immer mehr übergegangen in jus gentium, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit. Umgekehrt verhält sich die Sache mit dem germanischen Rechte. In diesem waltet das Natürliche, allgemein Menschliche vor; von diesem Gesichtspuncte aus rechtfertigt sich der bekannte Ausspruch, das deutsche Recht sei ursprünglich mehr Moral als Recht gewesen, welcher aber freilich nur für die Rechtsverhältnisse zwischen Personen unter einander, nicht für die zwischen Personen und der Sachenwelt von unmittelbarer Bedeutung ist. Zum Beweise des Gesagten dient neben vielem Andern die so rein sittliche Auffassung der Frage, worin denn eigentlich der Grund der verbindenden Kraft eines Vertrages enthalten sei? indem hier auf die dabei beobachtete Form durchaus nur in Betreff des Beweises ein Gewicht gelegt wird. (Sachsensp. I. 7.) Wenn aber jener allgemein menschliche Charakter des vaterländischen Rechts nur zu leicht in Gefahr ist, in abstracter Formlosigkeit zu zerfließen, so hat grade die Berührung und Verschmelzung mit dem selbst in seiner neuesten Gestalt noch viel strenger positiven römischen Rechte darauf eingewirkt, daß auch dem einheimischen gewissermaßen mehr civile Elemente eingeprägt worden sind, und die allgemeinen Gedanken desselben einen bestimmteren rechtlichen und staatlichen Ausdruck gewonnen haben. Ein Umstand, der von manchen Germanisten unserer Zeit nicht in seiner vollen Bedeutung gewürdigt, zuweilen auch wohl gänzlich übersehen wird.

§ 5. Was ist unter der Reception eines fremden Rechts in einem Lande zu verstehen?

Kehren wir aber nun zu der Untersuchung über die wahre Bedeutung der Reception eines fremden Rechts zurück. Hier drängt sich die Frage auf: Ist darunter eine Reception der fremden Rechtsinstitute und mit ihnen auch der von denselben handelnden fremden Rechtssätze zu verstehen, oder bedeutet dieselbe nur so viel als Reception der fremden Rechtssätze zu dem Zwecke, dieselben auf die einheimischen Rechtsinstitute anzuwenden? Eine ganz durchgreifende Antwort läßt sich hierauf gar nicht geben. Vielmehr wird der Umfang dessen, was eigentlich recipirt wird, in der Regel mehr oder weniger von der Art und Weise der Reception selbst abhängen. In dieser Hinsicht aber dürfte besonders wieder ein Unterschied von entscheidendem Einflusse sein. Die Einführung eines fremden Rechts in irgend einem Lande kann entweder durch einen Befehl von oben bewirkt werden, oder sie erfolgt ohne einen solchen als das Ergebniß gewisser still und allmählig wirkender Ideen, von denen ein Zeitalter beherrscht wird.

Im ersten Falle kann es allerdings sehr leicht geschehen, daß die gesetzgebende Gewalt, welche die Herrschaft eines fremden Rechts im Lande mit einem Schlage sanctionirt, mehr oder weniger auch bisher geltende Rechtsinstitute durch andere, die an deren Stelle treten sollen, zu beseitigen sucht. Namentlich, wenn man sich denkt, daß eine Fremdherrschaft, wie in so vielen Ländern zur Napoleonischen Zeit, irgendwo Platz gegriffen hat, die bei der Einführung eines fremden Rechts zugleich die Tendenz verfolgt, das Volksthum, dem sie gebietet, innerlich zu schwächen und in seiner Lebenskraft anzugreifen, und welche die Aufhebung gewisser

Rechtsinstitute, vorzugsweise etwa im Gebiete des öffentlichen Rechts, als ein besonders geeignetes Mittel für jenen Zweck betrachtet. Es kommt ja zuweilen vor, daß selbst von den einheimischen gesetzgebenden Gewalten in ganz friedlichen Zeiten gewisse rein privatrechtliche und politisch durchaus unschuldige Institute verboten oder doch eingeschränkt werden, weil man besorgt, daß dieselben sehr leicht zu einer Uebervortheilung des einen oder des andern Interessenten und zu Rechtsstreitigkeiten führen könnten. So fällt z. B. nach dem österreichischen Gesetzbuche § 1233 alle gesetzliche eheliche Gütergemeinschaft ganz weg, und dieses Institut kann nur durch einen Vertrag unter Eheleuten begründet werden. Durch diese Bestimmung ist es aber als fast ganz beseitiget zu betrachten. Dasselbe Gesetzbuch § 1259 spricht der Einkindschaft alle rechtliche Wirkung ab, und dieses letztere Institut wird auch schon in manchen älteren Gesetzgebungen, z. B. dem Baden-Durlachschen Landrecht Th. 4. Tit. 27. verboten, „weil dadurch allzeit einem Theil unrecht und zu kurz geschehen muß." Wenn es aber wahr ist, was oben behauptet wurde, daß in allen positiven Rechten eine Menge von Instituten in sehr ähnlicher und verwandter Art vorzukommen pflegt, so wird selbst bei der Einführung eines fremden Rechts durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt die Hauptwirkung wenigstens im Gebiete des Privatrechts immer darin bestehen, daß die Grundsätze jenes Rechts nun auf die einheimischen, bereits vorhandenen Institute angewandt werden. Und so verhielt sich die Sache insonderheit auch, als der Code Napoléon während der Zeit des Rheinbundes in eine Anzahl von deutschen Ländern verpflanzt wurde.

Schon aus allgemeinen Gründen wird sich aber vermuthen lassen, daß im zweiten Falle, d. h. also wenn eine solche Reception ohne einen Befehl von oben erfolgt, zunächst nur diese Wirkung derselben eintreten werde. Nicht

Aufhebung der bisherigen Rechtsinstitute und Einführung der fremden, sondern Beibehaltung der einheimischen Rechtsinstitute, aber Unterwerfung derselben unter die Herrschaft der fremden Rechtssätze: das wird sich als die nächste unmittelbare Folge einer Reception dieser Art ergeben. Wenigstens nur sehr allmählig werden sich in solchem Falle einheimische Rechtsinstitute, die doch immer einen Theil des gesammten Volkslebens bilden, verdrängen lassen, und wenn wirklich mit dem fremden Rechte auch fremde Rechtsinstitute herüberkommen, so wird dieß in der Regel damit zusammenhängen, daß durch dieselben eine schon vorher im Gebiete des einheimischen Rechts mehr oder weniger empfundene Lücke ausgefüllt wird, und der Boden für ihre Aufnahme also schon ziemlich zubereitet war.

§ 6. Die innere Bedeutung der Reception des römischen Rechts in Deutschland.

Das römische Recht ist in Deutschland, wie schon oben bemerkt wurde, nicht vermöge einer Anordnung der gesetzgebenden Gewalt recipirt worden, sondern seine Aufnahme ist aus der Idee von der Fortdauer des alten römischen Reiches, welches nur die Nation gewechselt habe, abzuleiten. Unter derselben darf also zunächst auch nur die der römischen Rechtssätze verstanden werden, zu dem Zwecke, die einheimischen Rechtsinstitute nach denselben zu beurtheilen. Eben diese sind mithin keineswegs dadurch aufgehoben, und eben so wenig sind die römischen Rechtsinstitute in Folge derselben ohne Weiteres in Deutschland eingeführt worden. Dennoch hat jene Reception in gewissen Beziehungen auch wohl Wirkungen dieser Art hervorgebracht. Will man aber nun den bunt zusammengesetzten Rechtszustand, der sich aus der Verschmelzung so verschiedenartiger Elemente allmählig

entwickelte, klar übersehen, so wird man noch genauere Unterscheidungen im Einzelnen aufstellen müssen.

1. Es behaupteten sich natürlich zunächst alle diejenigen einheimischen Rechtsinstitute, denen andere mehr oder weniger gleiche oder doch ähnliche Institute des römischen Rechts entsprachen; nur wandte man jetzt auf jene ersteren, so weit es irgend möglich schien, die Grundsätze an, welche im fremden Rechte über die demselben angehörigen ähnlichen oder gleichen Institute angetroffen wurden. Mannigfaltige Gelegenheit hierzu bot sich namentlich in der Lehre von den Verträgen dar, über welche das römische Recht besonders in den allgemeinen Lehren so viele Regeln aufstellt, die wirklich den Namen einer ratio scripta verdienen. Doch ist bemerkenswerth, daß die noch im neueren römischen Rechte so wichtige stipulatio in Deutschland niemals praktische Geltung erlangt hat, weil in der Beurtheilung der Verträge gemeinrechtlich der rein sittliche Standpunct stets festgehalten worden ist, daß die Gültigkeit und Wirksamkeit derselben lediglich von der Gewißheit, daß etwas versprochen worden, abhänge, ohne daß auf die Form, worin dieß geschehen, ein besonderes Gewicht zu legen sei. Aber auch in den übrigen Gebieten des Systems wiederholen sich die Fälle der genannten Art. So verschmolzen z. B. das väterliche Mundium des deutschen Rechts mit der väterlichen Gewalt des neuesten römischen Rechts, und aus beiden gemeinschaftlich ist unsere heutige väterliche Gewalt hervorgegangen, bei welcher sich aber auch jetzt noch, z. B. bei der Frage über die Aufhebung derselben, wichtige Grundsätze des einheimischen Rechts, von denen das römische nichts weiß, behauptet haben. Die Gelegenheiten zur Anwendung römischer Rechtsregeln auf deutsche Rechtsinstitute mußten sich natürlich vermehren, je weniger streng man in der Beurtheilung der Gleichheit oder Aehnlichkeit von Instituten der beiden positiven Rechte zu

Werke ging; z. B. wenn man die portio statutaria des überlebenden Ehegatten zunächst unter die Kategorie des Intestaterbrechts brachte; dann aber consequenter Weise auch das Pflichttheilsrecht darauf anwenden zu müssen glaubte. In den meisten Fällen hat jedoch ein gewisser natürlicher Tact offenbar das Richtige getroffen. Als eine der interessantesten Fragen ist hervorzuheben, was denn aus den verschiedenen Formen der Gewere in Deutschland seit der Reception des römischen Rechts geworden sei? Bekanntlich sieht das deutsche Recht alle möglichen Verbindungen zwischen Personen und Sachen nur als besondere Arten der Gewere an, ohne zwischen dinglichen und persönlichen (obligatorischen) Verbindungen näher zu unterscheiden. Hier ist es nun von dem größten Einfluß gewesen, daß man auf manche Formen der Gewere die Analogie des römischen usus fructus zur Anwendung brachte, z. B. auf die vormundschaftliche Gewere des Ehemannes am Vermögen der Frau, aus welcher der usus fructus maritalis hervorging, und auf die Gewere der Frau an ihrer Leibzucht (Leibgedinge), welche sich in den usus fructus vidualitius umwandelte. Bei gewissen Arten der Gewere, z. B. bei der eines Miethers und Pächters, ist die Behandlungsweise schwankend geblieben. Während im gemeinen Rechte die Analogie der bloßen Detentio (esse in possessione, corporaliter possidere) hier den Sieg davon trug, wurde jene Gewere in einzelnen Particularrechten als juristischer Besitz und selbst als dingliches Recht aufgefaßt. Diese letztere, dem deutschen Rechtsbewußtsein offenbar am meisten entsprechende Ansicht war aber freilich selbst nur möglich durch einen vom römischen Rechte abweichenden Begriff des juristischen Besitzes, und in dieser Beziehung ist namentlich die Theorie des preußischen Landrechts von besonderem Interesse, indem hier (Thl. I. Tit. 7. § 3 fg.) zum juristischen Besitze nur verlangt wird, daß jemand eine Sache

in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch Andere in seine Gewahrsam genommen habe. Das preußische Recht verlangt also zum juristischen Besitze nicht den animus domini; es begnügt sich gleichsam mit einem geringeren animus, und hat hier bewußt oder unbewußt offenbar eine deutsche Rechtsidee zur Anerkennung gebracht, deren Wirkungen sich dann über das gesammte Rechtssystem verbreiten. Eben jener juristische Besitz zerfällt aber dann wieder in den vollständigen und unvollständigen, je nachdem der Besitzer den animus domini hat, eine Sache oder ein Recht mithin als sein eigen besitzt, oder je nachdem er dieselbe zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat. Was übrigens die praktischen Folgen jenes vom römischen Rechte abweichenden Begriffes des juristischen Besitzes anbelangt, so braucht hier nur an die Verschiedenheit der Rechtssätze: Kauf bricht Miethe, wie es im römischen Rechte heißt, und Heuer geht vor Kauf, wie dieß z. B. im preußischen Rechte anerkannt ist, erinnert zu werden. Dieser letztere Rechtssatz, der in manchen neueren Gesetzgebungen, wie namentlich im Code Napoléon art. 1743 ganz isolirt und ohne Zusammenhang mit einer tieferen Grundlage dasteht, hängt in seiner Wurzel offenbar mit dem materiellen Charakter der altdeutschen Gewere zusammen. Eben dieser giebt sich nämlich kund in jenem vom römischen Rechte abweichenden Begriffe des juristischen Besitzes. Denn wenn auch bei der zunehmenden Vergeistigung des Rechts zum juristischen Besitze ein bestimmter animus als nothwendig angesehen wurde, so glaubte man sich doch mit einem geringeren als dem animus domini begnügen zu müssen. Auf der Basis jenes juristischen Besitzes gelangte man aber dann noch weiter zu der Annahme eines wahren dinglichen Rechts, welches dem Miether und dem Pächter zugeschrieben werden müsse.

2. Es behaupteten sich aber regelmäßig auch diejenigen deutschen Rechtsinstitute, welche dem römischen Rechte gänzlich unbekannt waren, ja in diesem zum Theil als unstatthaft angesehen werden, wie dieß von den Erbverträgen zu sagen ist. Wenn es sich nun von selbst zu verstehen scheint, daß solche Institute zunächst nach den einheimischen Rechtsregeln mit ihren nothwendigen Consequenzen zu beurtheilen sind, so hat es doch auch hier nicht an Gelegenheit zur Benutzung der mannigfaltigsten Analogien des römischen Rechts gefehlt, und die Frage, welche von mehreren möglichen als die am meisten geeignete zu betrachten sei, ist nicht selten zu verschiedenen Zeiten auch sehr verschieden beantwortet worden. So ist z. B. auf die dem römischen Rechte unbekannte eheliche Gütergemeinschaft bald die Analogie der societas, bald die der universitas angewandt worden, und man muß hinsichtlich dieses Punctes vor allen Dingen im Klaren sein, um die Particulargesetzgebungen über jenes Institut richtig verstehen zu können. In dem Institut der Erbverträge collidiren eigentlich zwei ganz verschiedene Principien mit einander. Sieht man auf Entstehung und Form, so hat man es mit einem Vertrage zu thun; wird dagegen der Zweck ins Auge gefaßt, so hat ein solcher Vertrag mit einer einseitigen letztwilligen Verordnung eine große Verwandtschaft; und so erklärt sich, wie man hier, so weit es die Natur des Vertrages irgend zuließ, so vielen Analogien aus der römischen Lehre von den Testamenten Einfluß gestatten konnte. Ein ganz besonders fruchtbarer Boden für die Fortdauer deutscher, dem römischen Rechte unbekannter Institute, mit einem stets nur sehr untergeordneten Einflusse römischer Rechtssätze, fand sich namentlich im Gebiete des Staatsrechts und Privatfürstenrechts, und bekanntlich hängt auch die Vernachläßigung, welche das römische Staatsrecht im Vergleich mit dem Privatrechte in der wissenschaftlichen

Behandlung lange Zeit zu erfahren hatte, großentheils damit zusammen, daß dasselbe in Deutschland nur einen geringen praktischen Werth in Anspruch nehmen konnte. Aus ähnlichem Grunde wiederholte sich aber die oben bemerkte Erscheinung ziemlich allgemein in allen denjenigen Gebieten des deutschen Rechts, wo sich öffentliches und Privatrecht besonders nahe berühren, wie in den Lehren von den Geburtsständen und in vielen Theilen des agrarischen Rechts. Vorzüglich interessant ist hier die Beziehung, in welche das römische Recht schon sehr frühzeitig zu dem Lehnsinstitut getreten ist. Wenn die persönliche Seite dieses letzteren als der staatsrechtliche, die dingliche als der privatrechtliche Bestandtheil desselben anzusehen sind, so ist eben damit auch das Princip ausgesprochen, welches über die Einwirkung des römischen Rechts darauf entschieden hat; und so wenig der erstere, so sehr ist der letztere schon im lombardischen Lehnrechte unter dem Einflusse römischer Analogien ausgebildet worden.

3. Eine Anzahl einheimischer Rechtsinstitute, welche dem römischen Rechte unbekannt waren, ist aber wirklich in der weiteren Fortentwickelung des einheimischen Rechts, wenn auch nicht ganz beseitigt, so doch allmählig mehr und mehr zurückgedrängt worden, und zwar zuweilen deshalb, weil sich der bei ihnen erstrebte Zweck durch ein im römischen Rechte sehr vollkommen ausgebildetes Institut besser und bequemer erreichen ließ. Oft hat aber auch dieser Umstand nur nebenbei mit eingewirkt, und es ist zunächst die mit dem bürgerlichen Verkehr überhaupt eingetretene Veränderung gewesen, welche diese Folge gehabt hat. In dieser Hinsicht möchte vor allen Dingen an den Rentenkauf zu erinnern sein, welcher einst eine ganz außerordentliche Verbreitung genoß, später aber dem einfachen oder hypothekarisch versicherten Darlehn immer mehr weichen mußte. Bei manchen

andern Instituten äußerte sich ein gewisses Zurücktreten darin, daß sie sich fast nur noch bei einzelnen Ständen erhielten, während sie ursprünglich ganz allgemein gegolten hatten, und hier ist namentlich ein sehr verschiedener Einfluß des ländlichen und städtischen Lebens auf das für jeden von diesen Kreisen geltende Recht bemerkbar. Die einfacheren auf den Grundbesitz und die agrarischen Verhältnisse überhaupt gebauten Zustände des platten Landes waren bei dem niedern Adel wie bei dem Bauernstande der Fortdauer alter einheimischer Rechtsinstitute, wie der Morgengabe, insonderheit aber eines dem ältern Stammgutssysteme verwandten Erbrechts sehr förderlich, während die Städte mit den zusammengesetzten und verwickelten Lebensbeziehungen, welche ein weitverzweigter Verkehr in ihnen hervorrief, schon frühzeitig für viele Fragen die Antwort im römischen Rechte suchten. Im Allgemeinen darf man nicht außer Acht lassen, daß der allmählige Untergang vieler deutschen Institute, hauptsächlich im Gebiete des öffentlichen Rechts, nicht mehr unmittelbar aus der Einwirkung des römischen Rechts, sondern aus der Entwickelung des deutschen Volkslebens, der europäischen Menschheit im Großen, hinsichtlich deren das römische Recht selbst nur als ein einzelnes Moment in Betracht kommen kann, erklärt werden muß. Dieß gilt vorzugsweise von dem Lehnsinstitut, dessen staatsrechtliche Schöpfungen immer mehr als unverträglich mit dem nach organischer Gliederung hinstrebenden Staate des neueren Europa erscheinen mußten.

4. Die römischen Rechtsinstitute, von denen das einheimische Recht bis dahin gar nichts gewußt hatte, sind durch das, was wir die Reception des römischen Rechts nennen, keineswegs ohne Weiteres mit recipirt worden. Zum Beweise dient die schon oben genannte stipulatio, welche niemals in Deutschland Eingang gefunden hat. Aber

thatsächlich ist eine solche Aufnahme allerdings in Betreff mancher sehr wichtigen Institute der genannten Art erfolgt; die Frage hiernach ist jedoch als eine reine **quaestio facti** zu bezeichnen. Der Grund jener Aufnahme muß übrigens dann in der Regel darin gesucht werden, daß durch ein solches Institut ein in Deutschland selbst bereits mehr oder weniger klar gefühltes Bedürfniß befriedigt wurde. Das deutsche Recht befand sich eben selbst schon auf dem Wege zur Herausbildung eines solchen oder doch ähnlichen Instituts, und grade da kam ihm das römische Recht zu Hülfe, und brachte für jenen Zweck eine vollständige Gesetzgebung mit. Auf nichts Anderes aber möchte das Gesagte mehr Anwendung finden als auf das Testament. Der eigenthümliche Bildungsproceß, welcher sich in den verschiedensten Gebieten des deutschen Rechts verfolgen läßt, und den wir so charakterisiren möchten, daß das einfache, aus der Natur selbst herausgewachsene Recht in immer höherem Grade durch ein mit Freiheit geschaffenes beschränkt wird, ist namentlich im Erbrecht besonders deutlich zu erkennen. Ursprünglich beruht dieses letztere lediglich auf der Familiengenossenschaft, also auf der Natur; aber im Laufe der Zeit sucht sich der subjective Wille von jener Gebundenheit durch die Familie immer mehr los zu machen. Als der den wenigsten Beschränkungen unterworfene Ausdruck dieser subjectiven Willkür erscheint das Testament, und so geschah es, daß sich das deutsche Recht selbst noch vor der Zeit, wo die römischen Rechtssätze eine durchgreifende, allgemeinere Herrschaft zu üben begannen, mit der Idee einer einseitigen, ihrer Natur nach widerruflichen, letzten Willenserklärung vertraut machte. *) Was konnte aber unter solchen Umstän-

*) Der allmählige Uebergang hierzu ist von Albrecht, die Gewere S. 208 fg., genauer nachgewiesen worden.

den natürlicher sein, als daß die Grundsätze des römischen Rechts grade auf dieses Institut in sehr weiter Ausdehnung angewandt wurden? Dennoch hat die Einwirkung deutscher Rechtsideen selbst hier sehr mannigfaltige Modificationen hervorgebracht, weil sich der deutsche Charakter dem strengen Formalismus des fremden Rechts nicht unterwerfen wollte, was aber hier nicht näher erörtert zu werden braucht.

§ 7. Fortbildung des positiven Rechts in Deutschland seit der Reception des römischen Rechts durch Wissenschaft und Gesetzgebung.

Die gesammte Rechtsentwickelung in Deutschland ist seit dem Ausgange des Mittelalters durch die Reception der fremden Rechte bedingt, und in immer ausgedehnterem Grade sind die Grundsätze dieser letzteren auf die einheimischen Rechtsinstitute angewandt worden. Aber zwischen jener fremden Gedankenwelt und den vaterländischen Zuständen bedurfte es einer gewissen Vermittelung, und eben diese wurde von der Wissenschaft und der Gesetzgebung übernommen. Man darf behaupten: jedes Volksrecht ist da, wo es als solches gilt, schon lange Zeit vorhanden, ehe sich eine eigentliche Wissenschaft desselben auszubilden beginnt. Das römische Recht dagegen konnte schon wegen des fremden Gewandes, worin es uns überliefert worden, nur durch die Wissenschaft hindurch den Weg zum praktischen Leben nehmen; es konnte in diesem keine Herrschaft erlangen, bevor es nicht in jener schon einen ziemlich beträchtlichen Boden und Umfang gewonnen hatte. Für diesen letzteren Zweck aber waren die Universitäten von besonderer Bedeutung. Der Rechtsunterricht auf denselben beschäftigte sich fast aus-

schließlich mit den fremden Rechten, und die selbstständige Nationalität des vaterländischen Rechts wurde längere Zeit gänzlich verkannt. Nur als eine **praxis moderna, usus modernus juris romani in foro germanico** mußten sich die Grundsätze desselben dem römischen Rechte anhangsweise beifügen lassen; und wenn gleich Conring die volksthümliche Selbstständigkeit des deutschen Rechts mit Kraft und Geist hervorhob, wenn sich gleich das deutsche Privatrecht seit dem Anfange des vorigen Jahrhunderts auch in der akademischen Behandlungsweise von dem römischen emancipirte: so blieb doch die eigentliche Jurisprudenz immer noch überwiegend den fremden Rechten zugewendet. Was aber die Wissenschaft dann zurecht gelegt, die Verknüpfungen, welche sie hervorgebracht, die Uebergänge, durch die sie einheimische und fremde Rechtsideen gegenseitig auszugleichen gesucht hatte: alles dieß wurde nun mehr oder weniger auch in die Gesetzgebung übergetragen, welche man in sehr vielen Fällen als einen Spiegel des eben vorhandenen Zustandes der Wissenschaft zu betrachten hat.

Auf die äußere Form der Gesetzgebung übte die politische Getheiltheit Deutschlands, die Hinneigung zu einem Staatensystem in den letzten Jahrhunderten den mächtigsten Einfluß aus. Aus den alten Volkslandschaften der Friesen und Sachsen, Franken und Thüringer, Schwaben und Baiern, und den sogenannten wendisch-deutschen Ländern war eine große Anzahl von Territorien in mannigfaltigen Verfassungsformen mit sehr unabhängigen territorialen Gewalten hervorgegangen. Viele von diesen Territorien waren nur Theile einer zusammenhängenden großen Volkslandschaft, und die Einwohner derselben gehörten im Wesentlichen demselben Volksstamme an; andere aber bestanden auch schon frühzeitig aus Gauen verschiedener Volkslandschaften und Stämme, wie z. B. das heutige Preußen außer seinen wendisch-deut-

schen Provinzen thüringische, sächsische und fränkische, das heutige Baiern außer dem bairischen Hauptlande schwäbische und fränkische Gauen in sich begreift. Es war von der höchsten Bedeutung, daß die Fortbildung des bürgerlichen Rechts durch Gesetzgebung im Wesentlichen nicht von der schon so schwach gewordenen Reichsstaatsgewalt ausging, sondern überwiegend der Landeshoheit anheimfiel. Die Folge davon war die Entstehung einer großen Fülle einheimischer legaler Rechtsquellen, welche jedoch diese Eigenschaft überall nur in einzelnen, zum Theil sehr kleinen Territorien besaßen, hinsichtlich ihres Inhalts aber entweder hauptsächlich das alte Gewohnheitsrecht gesetzlich zu fixiren suchten, oder mehr oder weniger auf eine Ausgleichung zwischen dem fremden und dem einheimischen Rechte und Festsetzung eines bestimmten Verhältnisses zwischen beiden berechnet waren. Nicht selten haben ganz zufällige Umstände, wie die persönlichen Ansichten des oder der Verfasser, auf die Gestaltung dieser zahlreichen Landrechte, Landes-Gerichts-Polizei-Ordnungen, Constitutionen, Reformationen u. s. w. eingewirkt; auch ist selbst bei diesen territorialen und reichsstädtischen Gesetzgebungen der Inhalt bereits vorhandener legaler Rechtsquellen in die neue jetzt eben beabsichtigte mehrfach übergetragen worden. Vom größten Einflusse für die gesammte Fortbildung des deutschen Rechts war es außerdem, daß mehrere sächsische Rechtsbücher in einem beträchtlichen Theile des nördlichen und nordöstlichen Deutschlands entweder durch Reception oder durch gesetzliche Vorschrift ganz oder theilweise die Eigenschaft legaler Rechtsquellen erhielten. Ganz unzweifelhaft sind unter den sogenannten gemeinen Sachsenrechten, welche auf solche Art in einem Lande üblich wurden, das sächsische Land- und Lehnrecht zu verstehen; aber sicher wird man in Beziehung auf städtische Verhältnisse auch dem sächsischen Weichbilde eine gleiche Auctorität zu-

sprechen müssen, da der Inhalt dieses letzteren hier als ein wahres **jus speciale** zu betrachten ist. *)

§ 8. Bildung des gemeinen subsidiarischen Rechts.

Wir haben gesehen, wie allmählig eine große Anzahl legaler particularrechtlicher Quellen in den verschiedenen Territorien ins Leben trat. Neben dem so geschriebenen Particularrechte gab es aber auch hier mehr dort weniger ungeschriebenes Recht, welches in einzelnen Orten oder Landschaften als alt hergebrachtes Gewohnheitsrecht beobachtet wurde.

Es folgte nun theils aus der Natur der gesetzgebenden Gewalt, theils aus dem Princip der Territorialität des Rechts, welches nach und nach das der früheren persönlichen oder Stammrechte verdrängt hatte, daß jenes örtliche oder landschaftliche, gesetzlich festgestellte Recht oder auch ungeschriebene Gewohnheitsrecht in allen Fällen zunächst zur Anwendung kommen mußte. Von einem unmittelbaren Gebrauch der fremden Rechte, namentlich des römischen, konnte immer erst dann die Rede sein, wenn die particulären Rechte in irgend einer Art lückenhaft waren. Denn diese letzteren waren eben dadurch, daß sie sich von den Personen abgelöst und an den Ort, an die Landschaft als solche angelegt hatten, die erste Regel des Lebens in den ihnen angewiesenen Gebieten geworden.

---

*) Noch in neuerer Zeit sind bei den preußischen Gerichtshöfen in Schlesien interessante Rechtsfälle vorgekommen, welche mit Rücksicht darauf, daß diese Provinz einst zu den Ländern der gemeinen Sachsenrechte gehörte, nach diesen letzteren zu entscheiden waren. Hier ist auch dem sächsischen Weichbilde die demselben oben vindicirte Auctorität zuerkannt worden. Vgl. Koch und Baumeister, Schlesisches Archiv. Bd. II. S. 110—148.

So bildete sich die Idee eines subsidiarischen gemeinen Rechts auch in Deutschland, *) nachdem sie in Italien schon viel früher zur Anerkennung gelangt war. So entstand die

*) Am frühesten ist das Bedürfniß eines solchen offenbar in den Städten empfunden worden, weil die erste Entscheidungsquelle, das Ortsstatut, oft eine sehr mangelhafte Beschaffenheit hatte. Alle Stadtrechte waren aus einem bestimmten Land- oder Volksrechte herausgewachsen. Ein besonderes Verhältniß trat dann ein, wenn eine Stadt im Gebiete des einen Landrechts, z. B. des schwäbischen, mit dem Rechte einer Stadt im Gebiete eines andern Landrechts, z. B. des fränkischen, bewidmet worden war. Aber abgesehen von diesem Falle mußte es immer am nächsten liegen, bei Fragen, welche das Ortsstatut oder das locale Gewohnheitsrecht unentschieden ließ, das entsprechende Landrecht um Rath zu fragen, und so ist bekanntlich sehr häufig das sächsische Landrecht als die nächste subsidiarische Rechtsquelle anerkannt worden. Man weiß übrigens, daß das Wort Landrecht nach und nach immer mehr den Sinn von Territorialrecht erhalten hat, so daß damit das Recht im Umkreise einer und derselben Landeshoheit bezeichnet wurde. Aber auch diese Quelle, das Landrecht im älteren und im neueren Sinne, reichte in vielen Fällen nicht aus, und steigender Verkehr, mannigfaltigere Verwickelungen der Rechtsverhältnisse, besonders im Gebiete des Obligationenrechts, führten die Nothwendigkeit herbei, zu den fremden Rechten zurückzugehen. Ein sehr interessantes Zeugniß für das Gesagte findet sich in dem alten Stadtrecht von Lüneburg, welches Kraut 1846 neu und vermehrt herausgegeben hat. Dort heißt es S. 1. 2, im J. 1401 seien Bürgermeister und Rathmannen der Stadt Lüneburg von des Rathes und der Stadt wegen in Betreff des daselbst zu befolgenden Rechts einträchtig übereingekommen: **Dat me tovorn sik holden scal an dit jegenwardighe buk und an de Stad priuilegia. Dar de to schedinge welker sake wes drepet wol, dat der utscrifte hir nicht in geschreuen weren, und wes me in dessem boke edder in den priuilegien nicht en vind, dar willet de Rad vnd borghere in allen saken und schedingen na desser tyd sik mer richten an mene sassech lantrecht. Vnde wes me dar nicht ane vind, dar schal**

bekannte Rechtsparömie: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht, bei welcher man jedoch nicht außer Acht lassen darf, daß damit nur der durchgreifende Grundsatz, wonach das mehr particuläre Recht dem allgemeineren vorgeht, ausgedrückt werden soll, während die Abstufungen der Rechtsgebiete sich in den einzelnen Landschaften sehr verschieden gestalten können. So mußte man z. B. in Schlesien, wo die besondern Fürstenthümer seit Alters mehr oder weniger eigenthümliches Recht und Gesetze gehabt haben, vor der Publication des preußischen Landrechts folgendermaßen unterscheiden: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Fürstenthumsrecht, Fürstenthumsrecht bricht das Recht des Herzogthums Schlesien, so weit ein solches in Gesetzen oder Landesgewohnheiten vorlag; das Recht des Herzogthums Schlesien bricht die gemeinen Sachsenrechte, welche in Schlesien landüblich waren; die gemeinen Sachsenrechte brechen das gemeine Recht überhaupt, welches in Schlesien dieselben Grundlagen wie im übrigen Deutschland hatte.

Das gemeine Recht sollte aber nun gleichsam ein Füllhorn vorstellen, in welches man in allen Fällen wie in einen unversiegbaren Schatz hineingreifen könnte, um sich daraus bei lückenhaftem Material der Particularrechte die nöthigen Grundsätze herzuholen. Dieses gemeine Recht war jedoch selbst wieder ein sehr bunt zusammengesetztes Ding. Denn nicht genug, daß es aus einer Verschmelzung der drei großen europäischen Mutterrechte, des römischen, canonischen uud germanischen Rechts hervorgegangen war, mithin auf sehr mannigfaltigen Quellen aus den verschiedensten Zeit-

me sik denne in den stucken richten vnd holden an dat Keyserrecht. Vnd wes me dar uort nicht ane vind, dar scal me sik holden an dat gheistlike recht.

altern beruhte: so war auch in Betreff der inneren Beschaffenheit, des Grades der Vollständigkeit und der formellen Gültigkeit unter diesen Quellen die größte Verschiedenheit vorhanden.

Für das römische Recht, welchem sich das longobardische Lehnrecht anschloß, und für das canonische Recht gab es große Quellensammlungen, denen selbst wieder ein gemeinrechtlicher legaler Charakter zukam, und welche also hierdurch die Bedeutung wahrer Gesetzbücher erhielten. In Betreff des deutschen Rechts fehlte es, abgesehen von den Reichsgesetzen, welche im Gebiete des eigentlichen Privatrechts immer nur eine geringe Wichtigkeit gehabt haben, an solchen Quellen gänzlich.

So weit nun in den particulären Rechten, gleichviel ob sich dieselben auf legale Quellen stützten oder als ungeschriebenes Gewohnheitsrecht erschienen, solche Rechtsinstitute vorkamen, welche auch in jenen gemeinrechtlichen fremden Gesetzbüchern behandelt wurden, konnte über die Frage, welche Rechtsregeln als subsidiarisch geltend über jene Institute zur Anwendung zu bringen seien, in formeller Beziehung kein Bedenken obwalten. Nämlich offenbar diejenigen, welche in jenen gemeinrechtlichen legalen Quellen enthalten waren, und die Aufgabe ging also hier im Grunde ziemlich einfach dahin, den rechten Sinn und Geist dieser Quellen durch Interpretation herauszufinden. So weit dagegen die particulären Rechte solche Institute kannten, von welchen die gemeinrechtlichen fremden Gesetzbücher gar nichts wußten, mußte für die Erlangung eines gemeinrechtlichen Systems nothwendig ein anderes Verfahren eingeschlagen werden. Ein solches über Institute der genannten Art, und eben diese gehören ja sämmtlich dem vaterländischen Rechte an, also z. B. über Grade und Heergeräthe, über Witthum, eheliche Gütergemeinschaft, Stammgüter, deutsche Fideicommisse u.s.w.

ließ sich nicht wie bei den fremden Rechten dadurch herstellen, daß eine gemeinrechtliche legale Quelle des deutschen Rechts nur richtig interpretirt wurde; denn solche Quellen waren ja hier außer den Reichsgesetzen gar nicht vorhanden. Dennoch mußte es schlechterdings ein solches System geben, welches in Betreff der praktischen Anwendbarkeit den auf die fremden Gesetzbücher gestützten Rechtssystemen als völlig ebenbürtig an die Seite gestellt werden könnte: sobald das gemeine Recht jenen oben bezeichneten Charakter eines wahren Füllhorns behaupten sollte, welches im Stande wäre, bei allen Lücken der Particularrechte Aushülfe zu gewähren. Eben dieses System gemeinrechtlicher Grundsätze über Institute des deutschen Rechts ist nun wirklich aus der Thätigkeit der letzten Jahrhunderte immer bestimmter ans Licht getreten: es ist dasjenige, was wir unser heutiges gemeines deutsches Privatrecht nennen, und wir sind berechtigt, dasselbe seiner formellen Ausbildung nach als ein Product der Wissenschaft zu bezeichnen, welche aber dabei nichts Neues geschaffen und willkürlich erfunden, sondern nur das bereits wirklich Vorhandene, die gemeinsamen Grundlagen der deutschen Rechtsinstitute mit ihren nothwendigen Consequenzen zum Bewußtsein gebracht, das dunkel Gefühlte nach und nach immer mehr zum klaren Gedanken herausgearbeitet hat. Man weiß übrigens, wie schwankend und unsicher in der Ausbildung jener Theorie lange Zeit zu Werke gegangen worden ist, wie wenig man durch ganze Perioden hindurch Antiquirtes und noch Lebendiges zu unterscheiden gewußt hat. Aber allmählig hat die fortgesetzte immer tiefere Ergründung der alten Rechtsquellen, die innere Nothwendigkeit der Sache und ein gewisser natürlicher Instinct, wie er sich in der Anwendung eines wahrhaft volksthümlichen Rechts am ehesten geltend zu machen pflegt, zu bestimmteren Sonderungen und deutlicherer Einsicht in den eigentlichen Kern

der deutschen Rechtsinstitute geführt, und jedenfalls befinden wir uns auf dem besten Wege in der Erforschung und Auffindung der die Institute beherrschenden Grundgedanken, deren logische Folgerungen überall da, wo die Particularrechte nicht ausreichen, als anwendbar betrachtet werden müssen.

§ 9. Begriff des gemeinen Rechts.

Aber was heißt denn eigentlich gemeines Recht und welches sind die Erfordernisse eines positiven Rechts, welches befugt sein soll, auf jenen Namen Anspruch zu machen? Nach manchen Vorgängen der neuesten Zeit scheint mir, daß derjenige noch immer nicht Eulen nach Athen trägt, der jenen Begriff etwas mehr ins Klare zu setzen sucht. Ich will aber zuerst sagen, was nach meiner Ansicht nicht zu den Erfordernissen eines gemeinen Rechts gezählt werden kann.

1. Es gehört nicht zum Wesen eines gemeinen Rechts, daß es einen gemeinrechtlichen legalen Codex gebe, worin sich dasselbe in ganz bestimmter Form niedergelegt finde. Wo ein solcher vorhanden ist, gestaltet sich freilich die Frage, was gemeines Recht sei, viel einfacher, weil hier die Hauptaufgabe immer dahin geht, den Quellentext richtig zu interpretiren; und so verhält sich die Sache beim römischen und canonischen Recht, wie beim longobardischen Lehnrecht. Aber auch ohne ein solches Gesetzbuch kann sehr wohl ein gemeines Recht vorhanden sein. Hat nicht England sein common law? und doch ist dasselbe in keinem Gesetzcodex enthalten. Gehörte das Dasein eines solchen zum Wesen des gemeinen Rechts, so müßte man allen Völkern in ihrer Jugendzeit den Besitz desselben absprechen, weil der Geschichte zufolge Jahrhunderte zu vergehen pflegen, ehe an vollständigere Gesetzsammlungen gedacht wird. Auch für unser

gemeines deutsches Privatrecht fehlt es an einem solchen Codex; es ist im technischen Sinne des Wortes ein ungeschriebenes Recht, getragen von der Wissenschaft, die sich grade hier in der lebendigsten Bewegung befindet und mit jugendlicher Frische dahin strebt, dem vaterländischen Rechte auch im Leben selbst immer mehr Grund und Boden zu verschaffen.

2. Es gehört ferner ebenfalls nicht zum Wesen eines gemeinen Rechts, daß die sämmtlichen demselben bekannten Rechtsinstitute in dem Lande, wo es ein solches ist, auch wirklich überall im Gebrauche seien. Die Frage, ob dieselben vorkommen oder nicht, ist eine reine quaestio facti, und hat mit dem Begriffe des gemeinen Rechts nichts mehr zu thun. Niemand zweifelt, daß das römische Recht in Deutschland, mit Ausnahme der Länder, wo Gesetzbücher mit dem Charakter der Exclusivität gelten, ein gemeines Recht sei. Dennoch sind gewisse Institute desselben, wie z. B. die stipulatio, in Deutschland niemals aufgenommen worden. Ganz besonders aber kommt hierbei noch Folgendes in Betracht. Die Zusammensetzung unseres Rechts aus so höchst verschiedenartigen Bestandtheilen hat nicht selten für ein und daßselbe Lebensverhältniß eine ganze Anzahl sehr verschiedener Rechtsinstitute hervorgerufen. Orts- oder Landesgesetz oder altes Herkommen entscheiden, welches hier oder da als die gewöhnliche Regel angesehen werden solle. Aber auch der Autonomie der Einzelnen pflegt hier ein großer Spielraum gelassen zu sein, wonach sie das, was sonst als Orts- oder Landesrecht gelten würde, durch Vertrag gegen ein anderes zu vertauschen häufig berechtigt sind. Man denke nur einmal an alle die Institute des ehelichen Güterrechts: das reine Dotalsystem; das modificirte Dotalsystem, wie es z. B. in dem Rechte des ehelichen Nießbrauchs erscheint; die allgemeine und die particuläre Gütergemeinschaft. Eines von

diesen Instituten schließt allemal die anderen aus. Welches von ihnen an diesem oder jenem Orte wirklich gelte, das ist eine quaestio facti, und würde auch stets eine solche bleiben, selbst wenn wir einen legalen Codex unseres gemeinen deutschen Privatrechts für ganz Deutschland hätten; so wie es unter der Herrschaft des preußischen Landrechts, welches doch sicher in den ihm unterworfenen Ländern die Bedeutung eines gemeinen Rechts hat, immer nur quaestio facti ist, ob irgendwo die eheliche Gütergemeinschaft oder das Recht des ehelichen Nießbrauchs die Regel bilde. Schon aus dieser Coordination so verschiedener möglichen Formen für dasselbe Lebensverhältniß ergiebt sich aber nun unwiderlegbar gewiß, daß es für den Begriff eines gemeinen Rechts nicht mehr darauf ankommen könne, ob alle Institute desselben auch wirklich überall im Gebrauche seien oder nicht. *) So wie in rein örtlicher Beziehung, so hat sich auch nach den verschiedenen Gliederungen im Innern des Volkes selbst, d. h. nach den Geburtsständen, in der genannten Beziehung eine große Mannigfaltigkeit entwickelt; zwar nicht in der Art, daß das nämliche Institut, je nachdem es beim Adel, Bürger- oder Bauernstande vorkäme, nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden müßte; sondern so, daß für dasselbe Lebensverhältniß bei den einzelnen Ständen nicht selten verschiedene Rechtsinstitute üblich geworden sind. Doch hat die neuere Zeit im Ausgleichen vieler früheren Unterschiede auch hier sehr große Fortschritte gemacht.

*) Wenn also Reyscher in seinem Bericht über die erste Germanisten-Versammlung mir die Ansicht als dort von mir ausgesprochen zuschreibt, ein gemeines deutsches Recht sei zwar in Hinsicht auf Rechtsinstitute, nicht aber auch für Rechtssätze anzunehmen, so liegt dabei ein vollkommenes Mißverständniß zu Grunde, indem von mir grade das Gegentheil behauptet worden ist. Vgl. Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 10. S. 515.

3. Wenn aber nun das Wesen eines gemeinen Rechts nicht in der Beschaffenheit und äußeren Erscheinung der Rechtsquellen, und eben so wenig in der allgemeinen Verbreitung der Rechtsinstitute zu finden ist, so wird es wohl auf dem Gebiete der Rechtssätze gesucht werden müssen. Und so verhält sich die Sache auch wirklich. Gemeines Recht ist dasjenige, dessen Sätze auf alle irgendwo vorkommende Rechtsinstitute zur Anwendung kommen müssen, sobald nicht particuläre, demselben vorgehende Rechtsnormen vorhanden sind. Ein solches gemeines Recht ist nun unzweifelhaft auch unser deutsches Privatrecht. Nur muß man nicht glauben, daß man dasselbe gewinnen könne durch eine bloße Abstraction des Gemeinschaftlichen, was in unsern heutigen Particularrechten über deutsche Rechtsinstitute angetroffen wird, mit Hinzufügung des Gemeinsamen, was sich aus den früheren Reichsgesetzen und den jetzigen Bundesbeschlüssen ableiten, oder unter dem Namen allgemeiner Gewohnheiten aufstellen läßt. Denn die letztgenannten Quellen wollen bekanntlich nicht viel sagen, und auf dem Wege jener Abstraction würde man höchstens zu einer zufälligen Uebereinstimmung verschiedener Particularrechte, aber nicht zu einem wahren gemeinen Rechte gelangen. Man muß vielmehr zurückgehen zu den ältesten Rechtsquellen, welche sich überhaupt bei den verschiedenen germanischen Völkerschaften finden; in ihnen die leitenden Grundgedanken der einzelnen Rechtsinstitute in ähnlicher Art wie beim Sprachstudium die gemeinsamen Wurzeln und Hauptformen verschiedener Dialekte eines großen Sprachstammes aufsuchen; und man muß dann die weitere Entwickelung dieser das Ganze gleich rothen Fäden durchziehenden Ideen im Laufe der Jahrhunderte, und ihre hundertfältige Verzweigung in die einzelnen Particularrechte verfolgen. Da nun das positive Recht überall auch auf einer Naturbasis beruht, so muß insoweit die Analogie

eines lebendigen Organismus Anwendung finden. Und so wie bei dem Baume auch das äußerste Blättchen und der kleinste Zweig seinen Lebenssaft dennoch in vielen Canälen aus dem großen Stamme und den Wurzeln bezieht; so wie in jedem Blatte in Wahrheit die Totalität des Baumes enthalten ist, und in ihm nur einen besondern Ausdruck gefunden hat: so sind auch alle Particularrechte innerhalb jener Naturschranken nur als eigenthümliche Erscheinungen gemeinschaftlicher Grundideen zu denken; aus diesen erhalten jene ihren Lebensgeist, und in jedem particulären Rechte ist insoweit das gemeine Recht, d. h. eben jenes System nationaler Gedanken mit ihren logischen Consequenzen mit inbegriffen. Aber es versteht sich von selbst, daß mit dem obigen Bilde nichts weniger als eine reine Naturwüchsigkeit des Rechts vertheidigt werden soll. Denn nicht nur wird auf die Art und Weise, wie sich selbst die allgemeinen leitenden Ideen im Laufe der Zeit fortbilden, die menschliche Freiheit den mächtigsten Einfluß ausüben, sondern aus eben dieser erklärt sich auch großentheils die unendliche Mannigfaltigkeit der Particularrechte im Einzelnen trotz aller Uebereinstimmung in den Grundlagen. So weit sich nun durch dieses Walten der Freiheit, durch örtliche und landschaftliche Einflüsse der verschiedensten Art, ganz eigenthümliche rechtliche Ideen in den Particularrechten entwickelt haben, so weit haben sich diese gewissermaßen außerhalb des gemeinen Rechts gestellt, und jene Ideen mit ihren Consequenzen müssen vor allem Anderen zur Anwendung gebracht werden. Dagegen folgt aus Natur- und Vernunftgesetzen, daß da, wo dieß nicht der Fall ist, das gemeine Recht gelten müsse, sobald die besondere Form, in welcher das Particularrecht erscheint, in irgend einer Beziehung nicht ausreicht.

Uebrigens kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß es ein gemeines deutsches oder germanisches Recht in dem

obigen Sinne zu allen Zeiten gegeben hat. Schon in den alten Volksrechten, später in den Rechtsbüchern und zahlreichen Statuten des Mittelalters treten uns die gemeinschaftlichen Grundideen der einzelnen Rechtsinstitute entgegen, an welche selbst die heutige Gestalt derselben noch angeknüpft werden muß. Aber zuerst besteht darin zwischen der alten Zeit und der Gegenwart ein tief eingreifender Unterschied, daß in jener die Particularitäten in der Form von Volks- oder Stammrechten erscheinen, später aber durch das siegende Princip der Territorialität des Rechts, Orts- oder Landrechte daraus geworden sind. Außerdem aber kennt die alte Zeit auch eine eigentliche Wissenschaft des gemeinen Rechts eben so wenig als des besonderen. Eine solche hat sich erst im Gefolge der zunächst auf die fremden Rechte gestützten Jurisprudenz entwickelt und nach und nach immer besser gelernt, das verborgene Erz aus den Schachten hervorzuholen. Aber die Germanisten sollten nie vergessen, wie lange Zeit das römische Recht fast der alleinige Träger einer gründlichen Rechtswissenschaft gewesen ist, und wie sehr sie selbst bei den Romanisten haben in die Schule gehen müssen.

§ 10. Uebergang zu den großen Gesetzbüchern der neueren Zeit mit dem Charakter der Exclusivität.

Daß der Zustand des gemeinen Rechts, unter dessen Quellen die fremden Gesetzbücher einen so hervorragenden Platz einnahmen, an sehr großen Gebrechen leide, wurde schon seit dem siebzehnten Jahrhundert von einzelnen kundigen Männern deutlich eingesehen und ausgesprochen. Zwischen dem Buchstaben des fremden Gesetzes und unsern wirklichen Zuständen und Lebensverhältnissen lag in vielen Fällen eine ungeheure Kluft, die sich oft nur in höchst gewagter

Weise dadurch überspringen ließ, daß in den ersteren irgend ein Sinn gelegt wurde, welchen derselbe in dem organischen Zusammenhange des fremden Rechts selbst nie und nimmer gehabt hatte. Der subjectiven Willkür, den in manchen Gesetzbüchern, z. B. dem preußischen Landrechte Einl. § 6. 60., so scheel angesehenen opiniones doctorum war also hier ein sehr weiter Spielraum gelassen, und da sich der deutsche Geist gegen eine solche Verehrung früher gesprochener Erkenntnisse und angenommener Regeln, wie sie in England herrschend geworden, stets gesträubt hat, auch eine so große Auctorität der Vergangenheit in der Gegenwart eine ganz andere Einrichtung des gesammten Gerichtswesens voraussetzt, als sie in Deutschland seit Jahrhunderten vorhanden gewesen ist: so war man in vielen Fällen, um die Frage, was denn eigentlich gemeines Recht sei, beantworten zu können, allerdings zu einem gewissen Stimmenzählen in Betreff jener opiniones doctorum genöthigt. In der großen Masse der Nation war das Bewußtsein davon, daß auch das Recht als ein wesentlicher Bestandtheil der Volksthümlichkeit angesehen werden müsse, mehr und mehr zurückgetreten, und wer möchte verkennen, daß eine gewisse Verdumpfung in den unteren Volksschichten grade dadurch vorzüglich mit genährt worden ist? Aber selbst im Kreise der Wissenschaft war jener Zusammenhang von Recht und Volksthum den Meisten aus dem Sinne gekommen. Ueberall hatte in den letzten Jahrhunderten die monarchische Gewalt ein sehr schnelles Wachsthum genommen, und der bekannte Satz des römischen Rechts: quod principi placuit, legis habet vigorem, hatte in der deutschen Jurisprudenz so folgsame Anhänger gefunden, daß man die von oben her gegebenen Gesetze, wenn nicht als die einzige, so doch als die Hauptquelle des Rechts betrachtete, und dem Gewohnheitsrechte höchstens die Bedeutung eines Lückenbüßers zugestand.

Daher dann die frühere Definition: **jurisprudentia est scientia legum**, wo bei den **leges** ganz unmittelbar an solche von oben her erlassene Gesetze gedacht wurde. Daß die tiefsten Wurzeln des sogenannten positiven Rechts in der Natur und dem Geiste des Volks zu suchen seien, wurde ganz außer Acht gelassen, und positives oder willkürliches Recht, wie es unter Andern Höpfner in seinem bekannten Commentar über die Heineccischen Institutionen § 31. gradezu übersetzt, wurde als dasjenige bezeichnet, welches sich auf den Willen des Gesetzgebers gründe und in der Natur der Dinge an sich noch keinen zureichenden Grund habe. Natürlich mußte dann dieselbe Willkür, welche dasselbe vermeintlich allein geschaffen hatte, auch jeden Augenblick zu einer gänzlichen Umgestaltung desselben berechtigt sein.

Im achtzehnten Jahrhundert entstand nun die Idee, in der Form von umfassenden Gesetzbüchern neue Rechtsquellen an die Stelle der bisherigen zu setzen. Aber man würde ganz bestimmt fehlgreifen, wenn man die Hauptveranlassung hierzu in einem recht lebendig erwachten Gefühle der deutschen Volksthümlichkeit, und in einer tieferen Erkenntniß der Natur des Rechts überhaupt, dieser **communis reipublicae sponsio** suchen wollte. Der nächste Grund lag vielmehr in der Philosophie des Zeitalters, welche den Staat wie das Recht nur völlig atomistisch auffaßte, und Uniformität in Verfassung, Verwaltung und Recht als die höchste zu erreichende Aufgabe betrachtete; in der Ansicht über die Ordnung der menschlichen Dinge, welche Schlözer mit den Worten ausspricht: „Der Staat ist eine Erfindung. Menschen machten sie zu ihrem Wohle, wie sie Brandcassen erfanden. Die instructivste Art, Staatslehre abzuhandeln, ist, wenn man den Staat als eine künstliche, überaus zusammengesetzte Maschine, die zu einem bestimmten Zwecke gehen soll,

behandelt;" *) in der völligen Entfremdung von dem wahren Wesen alles Rechts, welche ein ungeschriebenes Gewohnheitsrecht überhaupt gar nicht mehr dulden wollte, statt mit dem römischen Juristen Paulus (Dig. I. 3, 36) zu sagen: **Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.**

Einer solchen Betrachtung der menschlichen Dinge konnte der Rechtszustand in Deutschland schon aus rein äußerlichen Gründen nicht anders als höchst beklagenswerth erscheinen. Natürlich aber fanden diese Ansichten einen ungemeinen Vorschub darin, daß auch der Unbefangenste das Vorhandensein sehr großer Gebrechen nicht wegläugnen konnte. Die Verschiedenheiten der particulären Rechte hatten wirklich in sehr vielen Fällen alle Bedeutung verloren und wirkten mithin störend auf das gesellschaftliche Leben ein; die Verworrenheit und Ungewißheit vieler Rechtssätze wurde durch den Gebrauch der fremden Gesetzbücher wenn gleich keinesweges allein hervorgerufen, so doch in hohem Grade vermehrt; und je mehr sich ein freies deutsches Geistesleben entwickelte und in Wissenschaft und Kunst nach allen Seiten hin die schönsten Blüthen hervortrieb: desto stärker wurde nun auch die Opposition, welche ihre Angriffe gegen das Fremde lediglich als solches richtete.

Die Gesetzbücher, durch welche wirklich neue Rechtsquellen mit Ausschluß der bisherigen geschaffen wurden, sind

1. das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten, publicirt durch Patent vom 5. Februar 1794 und am 1. Juni 1794 ins Leben getreten.

2. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie,

*) Allgemeines Staatsrecht und Staatsverfassungslehre. Einl. § 4.

publicirt durch Patent vom 1. Juni 1811 und mit dem 1. Januar 1812 zur Anwendung gelangt.

3. Wegen seiner praktischen Wichtigkeit für einen beträchtlichen Theil Deutschlands gehört hierher auch der jetzt sogenannte Code Napoléon vom J. 1803 und 1804 (anfänglich Droit civil des Français und erst seit 1807 Code Napoléon genannt). Derselbe ins Deutsche übersetzt wurde 1809 mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Landrecht für das Großherzogthum Baden publicirt, und trat daselbst mit dem 1. Januar 1810 in Kraft.

Unserem Zwecke liegt die Frage am nächsten, wie sich der Inhalt dieser Gesetzbücher zu dem deutschen oder germanischen Rechte überhaupt verhalte? Dieser Gegenstand ist jedoch so umfassend, daß an diesem Orte einige allgemeine Bemerkungen darüber genügen müssen. *)

---

*) Der Uebersicht wegen bemerke ich, daß von den fünf Großstaaten in Europa England der einzige ist, in welchem es kein umfassendes Gesetzbuch über das bürgerliche Recht giebt. Das sogenannte common law, bei weitem der Hauptbestandtheil des englischen Rechts, ist ungeschriebenes, auf Tradition und Wissenschaft beruhendes Gewohnheitsrecht. Dagegen hat Rußland in der neuesten Zeit eine Sammlung verschiedener Gesetzbücher über die einzelnen Hauptzweige des Rechts erhalten. Schon seit 1649 gab es daselbst ein unter dem damaligen Czar Alexei Michailowicz verfaßtes Landrecht des Moscowitischen Reiches, welches durch spätere Gesetzgebung nach und nach viele Veränderungen erfahren hatte. Seit Peter dem Großen wurde der Plan einer umfassenden Codification immer wieder von neuem aufgenommen, und zehn verschiedene Commissionen sind dafür thätig gewesen. Aber erst unter dem jetzigen Kaiser ist derselbe zur wirklichen Ausführung gelangt, und das große Corpus legum ist nach dem kaiserlichen Manifest vom 31. Januar a. St. 1833 mit dem 1. Januar a. St. 1835 in Kraft getreten. Vgl. Précis des notions historiques sur la formation du corps des lois Russes. St. Petersb. 1833. — Von dem Landrechte von

§ 11. Das deutsche Recht im preußischen Landrechte.

Zwei verschiedene Einwirkungen des deutschen Rechts sind hier wohl zu unterscheiden, welche meines Erachtens bisher viel zu wenig gesondert worden sind, wie sich denn unbestreitbar behaupten läßt, daß in der gesammten Literatur dieses Gesetzbuches der dem deutschen Rechte entlehnte Stoff und Geist bis jetzt unverhältnißmäßig vernachläßigt oder nicht in seiner wahren Bedeutung gewürdigt worden ist. Und doch scheint die Aufgabe grade diesen recht hervorzuheben, für uns die nächste zu sein, und man sollte denken, es müßte ein besonderes Interesse haben, wenn sich in unserem Gesetzbuche weit mehr deutsches Recht nachweisen lasse, als die Meisten bisher darin entdeckt haben. Aber auch hier findet der Satz Anwendung: „es ist ein alter Zug der Deutschen, ihr Eigenthum immer am letzten anzuerkennen und am ersten Preis zu geben." *)

Erstens ist nun bei dem preußischen Landrechte die Absicht dahin gegangen, auch über die sämmtlichen Institute des deutschen Rechts eine allgemeine Gesetzgebung aufzustellen, und diese ist auch im Ganzen zur Ausführung gebracht worden. Doch hat man allerdings jenen Zweck nicht vollständig erreicht, und abgesehen von den sehr dürftigen Bestimmungen über manche Institute, wie z. B. das Leibgedinge der Frau (Thl. II. Tit. 1. § 457), den Rentenkauf (Thl. I. Tit. 11. § 329) und verschiedene den Provinzialgesetzbüchern

---

1649 giebt es eine lateinische Uebersetzung, welche als Anhang von Mayerberg Iter in Moscoviam erschien, und diese liegt einer deutschen Uebersetzung zu Grunde, welche zu Danzig 1723 mit einer Vorrede von Burcard Gotthelf Struve herauskam.

*) Jacob Grimm, Ueber Jornandes und die Geten. S. 19.

vorbehaltene Gegenstände, wie den bäuerlichen Auszug oder Altentheil (Th. I. Tit. 11. § 602), sind einzelne wunderliche Irrthümer, wie die Verwechselung von Niftel und Niftelgerade mit untergelaufen und in manchen Rechtsgebieten auch gewisse Lücken geblieben. So kennt das preußische Landrecht nur eine einzige Art der particulären Gütergemeinschaft, nämlich die der Errungenschaft (communio acquaestus conjugalis), während in preußischen Provincialrechten auch eine solche particuläre Gütergemeinschaft häufig angetroffen wird, welche gleich beim Beginn der Ehe noch andere Bestandtheile des Vermögens der Ehegatten, namentlich das gesammte Mobiliarvermögen (die gereiden Güter oder Fahrniß) ergreift. *) — Bei der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft finden sich auch seltsame Widersprüche im Gesetzbuche, oder man wird wenigstens die Fassung einzelner Gesetzstellen als eine sehr mangelhafte bezeichnen dürfen. Denn wenn es in § 345. Tit. 1. Th. II. heißt: „die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten findet nur da Statt, wo sie durch Provincialgesetze und Statuten eingeführt ist," so sollte man hiernach glauben, daß es im preußischen Staate gar keine communio bonorum conventionalis geben könne. Aber in § 354 a. a. O. wird die Möglichkeit angenommen, daß auch an Orten, wo die Gütergemeinschaft nicht aus Provincialgesetzen und Statuten Statt findet, dieselbe durch einen Vertrag eingeführt werden könne. **) — Auffallend mag es auch erscheinen, daß sich gar keine allgemeinen Vor-

---

*) George Phillips, Die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft. S. 259. 266.

**) Der Widerspruch, welcher auf den ersten Blick zwischen § 354 und § 362 a. a. O. obzuwalten scheint, ist nur scheinbar, da sich der § 362 nur auf den Fall des § 355 bezieht. Vgl. Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher. Lief. 25. S. 107.

schriften über die deutschrechtlichen Reallasten finden, während die preußische Gesetzgebung an andern Orten, wie Hypoth. Ordn. Tit. I. § 47—49 diesen Begriff sehr wohl kennt, und einzelne Arten solcher Lasten, namentlich die bäuerlichen Dienste und Zinsen, auch im Landrechte Th. II. Tit. 7. Abschn. 6 und 7 abgehandelt werden. — Besondere Hervorhebung verdient es außerdem noch, daß das Gesetzbuch über die Naturalisation bisheriger Fremden nichts enthält. Die so oft gemachte Bemerkung, daß sich dasselbe überwiegend im Allgemeinen halte und daß man ihm seine Bestimmung grade für den preußischen Staat wenig oder gar nicht ansehe, findet in jenem Schweigen über den obigen Gegenstand eine merkwürdige Bestätigung. Der ganze Staat, als solcher erst eine Schöpfung der neueren Geschichte, hatte sich selbst noch zu wenig als ein Besonderes erfaßt; das Concrete, Individuelle fand sich nur in den Provinzen mit ihrer so verschieden gestalteten Vorzeit, während der Staat noch vorherrschend auf dem allgemein menschlichen, nicht auf einem eigenen nationalen Grunde ruhte. Nachdem sich aber dieser letztere durch Unglück, gemeinsame That, große Erinnerung und fortgesetztes Ringen und Streben mehr und mehr gebildet hat, ist auch jenem Mangel durch das neue Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft als preußischer Unterthan, vom 31. December 1842 (Gesetzs. von 1843. S. 15), abgeholfen worden, und man könnte sagen, dasselbe sei wegen dessen, was nicht darin steht, aber seine Unterlage bildet, noch höher als wegen seines wirklichen Inhalts anzuschlagen.

Weniger auf der Oberfläche liegt zweitens derjenige Einfluß des deutschen Rechts auf das preußische Landrecht, der sich nicht in der unmittelbaren Aufnahme deutscher Institute, sondern in dem Walten deutscher Ideen theils im Systeme überhaupt, theils in der Gestaltung vieler Institute

kund giebt, die entweder gradezu dem römischen Rechte entlehnt sind, oder von Anfang an dem römischen und deutschen Rechte gemeinschaftlich angehört haben. Hierauf möchte ich die Aufmerksamkeit vorzugsweise lenken. Nicht selten kann man hier in die geheimste Werkstatt der Gedanken hineinblicken, und den Kampf zwischen der römischen Auffassung eines Gegenstandes, gegen die sich das vaterländische Rechtsbewußtsein sträubte, von der man aber doch noch nicht ganz loskommen konnte, und zwischen der deutschen Betrachtungsweise ins Einzelne hinein verfolgen; und wenn in manche Lehren eine gewisse Halbheit gekommen ist, so ist dieselbe meist aus dem Streben nach einer Vermittelung jener Gegensätze zu erklären, die sich aber doch nicht ganz consequent hat durchführen lassen. Das Gesagte wird nun durch einige Beispiele zu erläutern sein. An sich betrachtet gehören solche Gedanken des deutschen Rechts, welche schon früher im Systeme des gemeinen Rechts Aufnahme gefunden und Modificationen des römischen Rechts hervorgebracht hatten, ganz eben so hierher, wie diejenigen, denen in der preußischen Gesetzgebung eine ganz neue, durch das gemeine Recht nicht vorbereitete Sanction zu Theil geworden ist. Denn nicht auf den Weg, auf welchem sie in dieselbe gelangt sind, sondern lediglich auf ihren einheimischen Ursprung muß hier das Gewicht gelegt werden. Allerdings aber nehmen die deutschen Rechtsideen der letzteren Art, bei denen sich die preußische Gesetzgebung mit kühnem Griffe in unmittelbare Beziehung zum vaterländischen Rechte gesetzt hat, ohne darauf durch bereits früher eingetretene Umwandlungen des römischen Rechts hingeführt zu werden, das Interesse vorzugsweise in Anspruch.

Schon die Eintheilung des ganzen Systems beruht durchaus auf deutschrechtlicher Grundlage. Wenn es im römischen Rechte heißt: omne jus, quo utimur, vel ad per-

sonas, vel ad res pertinet, vel ad actiones, so wird hier das Wort jus ganz dem Geiste des Alterthums gemäß im objectiven Sinne genommen, mithin als ein Inbegriff von Grundsätzen und Vorschriften rechtlichen Inhalts. Aber der Eintheilung des preußischen Landrechts liegt offenbar der Begriff des Rechts im subjectiven Sinne zu Grunde. Jedes Recht in dieser Bedeutung des Wortes setzt ein Subject und ein Object voraus, und indem von diesem Unterschiede ausgegangen, das Recht also dem deutschen Bewußtsein völlig entsprechend zunächst als etwas Persönliches aufgefaßt wird, zerfällt das ganze Gesetzbuch in die zwei Theile von den Rechten an Sachen im weitesten Sinne des Worts, und von den Personen, bei welchen von der Familie aufwärts in immer höhere Kreise, und zuletzt zum Staat emporgestiegen wird, in welchem alle verschiedenen Gliederungen der Personen unter einander ihre Spitze und gleichsam ihre Erfüllung finden. *) Aber auch das Verhältniß des eigentlichen Sachen- und des Obligationenrechts zu einander kann nur mit Berücksichtigung gewisser Ideen des deutschen Rechts vollständig begriffen werden. Alle überhaupt möglichen Rechte an Sachen zerfallen in Eigenthum und in Rechte in Beziehung auf fremde Sachen. Bei den letzteren geht durch das römische Recht der bestimmte Unterschied dinglicher Rechte an fremden Sachen (jura in re) und bloß obligatorischer, persönlicher Rechte in Betreff derselben hindurch. Von diesem Unterschiede weiß aber das ursprüngliche deutsche Recht gar nichts, und wollte man hier überhaupt bei Rechten an fremden Sachen den Begriff der Dinglichkeit anwenden, so würde man kaum ein Anderes sagen können, als daß jedem ein

*) Vgl. Göschel, Das System des preuß. Landrechts, in den Zerstreuten Blättern aus den Hand- und Hülfsacten eines Juristen. Th. I. S. 525 fg.

solches dingliches Recht zustehe, der eine rechtmäßige Gewere an einer fremden Sache hat; wie denn bekanntlich auch dem Commodatar, Depositar u. s. w., dem die fremde Sache gestohlen oder geraubt wird, das Recht des Anevanges (Vindication) hinsichtlich derselben zusteht. *) Wenn nun im preußischen Landrechte das obligatorische oder persönliche und das dingliche Recht an einer fremden Sache nicht als zwei qualitativ durchaus verschiedene Rechte, sondern nur als zwei verschiedene Grade eines und desselben Rechts behandelt werden, jenes, wie Bornemann sehr bezeichnend sagt, die unvollkommenere, dieses die vollkommenere Aeußerung des subjectiven Rechts bildet, jenes als der Weg zum dinglichen, dieses als das Ziel des persönlichen Rechts erscheint: **) so liegt es zugleich am Tage, daß diese Auffassung des Gegenstandes mit den ursprünglich deutschen Ideen über die Rechte an fremden Sachen überhaupt in der unmittelbarsten Verbindung stehe. — Wenn ferner im preußischen Landrechte ein Klagensystem nicht angetroffen wird, und eine dogmatische Sonderung der verschiedenen Arten von Klagen und der dadurch bedingten Rechte gänzlich fehlt, so ist auch dieß auf den Einfluß des deutschen Rechts zurückzuführen, wie dieß schon von der Bestimmung des canonischen Rechts gilt, wonach in Processen nicht so genau untersucht werden soll, welche Klage denn eigentlich beabsichtiget werde, indem das Meiste auf die Ermittelung der Thatsache und der wirklichen Sachlage ankomme. ***) Die einschlagende Hauptstelle der

*) Meine Abhandlung über die Gewere des deutschen Rechts. Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. I. S. 112.

**) Bornemann, Von Rechtsgeschäften nach preußischem Rechte. 2te Ausg. S. 23.

***) Cap. 6. X. de judiciis (II. 1.) J. H. Böhmer Jus Ecc. Protest. lib. II. tit. 3. § 3 sq.

preußischen Gesetzgebung findet sich übrigens in § 20. Tit. 5. Th. I. Allg. Ger. Ordnung. — Aus derselben Quelle kommt aber auch ein gewisses Ineinanderfließen der Begriffe, welches die praktische Anwendung nicht selten ungemein schwierig macht. In dieser Hinsicht ist besonders hervorzuheben, daß eigentliche Sachen (corpora) und Rechte in verschiedenen Lehren, wie beim Besitz und Eigenthum völlig durch einander geworfen, also auch Rechte ohne weitere Unterscheidung als mögliche Gegenstände des Besitzes und Eigenthums angesehen, mithin (was einen alt römischen Juristen in äußerstes Staunen versetzen müßte) sogar hinsichtlich einer Forderung eine erwerbende Verjährung für möglich erachtet wird. (I. 11. § 837—839). Unverkennbar ist die Neigung, irgend einen Begriff in der abstractesten Allgemeinheit hinzustellen, wie z. B. den der Sache I. 2. § 1. 2., auf den Einfluß des deutschen Rechts zurückzuführen; aber unvermerkt schiebt sich in der weiteren Entwickelung nicht selten wieder ein speciellerer Begriff den einzelnen Bestimmungen unter. Auch das, was Gans einmal den Despotismus der Billigkeit im preußischen Landrechte nennt, ist aus der angegebenen Wurzel herzuleiten. *) Es ist die Innerlichkeit des deutschen Rechts, welche sich darin ausdrückt, mit welcher aber stets auch die Gefahr einer haltlosen Unbestimmtheit verknüpft ist, die sich nur schwer für das Eine oder das Andere bestimmt zu entscheiden wagt. **)

Um jedoch auch in die einzelnen Hauptgebiete des Systems etwas näher einzugehen, so enthält zunächst das Sachenrecht im engeren Sinne des Wortes eine Anzahl der wichtigsten Lehren, bei denen die principiellen Abweichungen vom römischen Rechte durchaus nur aus der Einwirkung

*) Beiträge zur Revision der preuß. Gesetzgebung. Abth. 1. S. 12.

**) Bluntschli, Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen. S. 39.

des deutschen erklärt werden können. An die Spitze ist hier gleich die in ihren Consequenzen ungemein wichtige Verschiedenheit in der Auffassung der Beweglichkeit bei den Gegenständen der Sachenwelt zu stellen. Während an sich die Begriffe der beweglichen und unbeweglichen Sachen rein gegen einander abschneiden, kann doch immer die Frage entstehen, wohin organisch oder künstlich mit dem Boden verbundene Sachen, so lange die Verbindung dauert, rechtlich zu zählen seien? Das römische Recht geht hier bekanntlich von dem Grundsatze aus, daß alle diese Sachen, also Pflanzen und Bäume, welche im Boden wurzeln, Gebäude, welche auf demselben stehen, und Alles, was sich unter der Erdoberfläche befindet, wie Steine, Metalle, Quellen u. s. w. vor der Trennung kein selbstständiges Dasein haben, mithin nur als Stücke der Erdoberfläche in Betracht kommen, und verschiedene Eigenthumsrechte an beiden nicht denkbar sind. *) Das deutsche Recht räumt dagegen solchen Sachen auch schon während der Verbindung mit dem Boden ein besonderes Dasein ein, und als Ausdruck dieses rechtlichen Gedankens erscheint unter andern das Sprichwort: Was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß, oder der Satz: Was auf Lehngut steht, das der Wind beweht und die Sonne bescheint, das ist fahrende Habe. **) Hieraus folgt aber dann, daß an solchen Sachen auch schon vor der Trennung ein besonderes Eigenthum neben dem an Grund und Boden Statt finden kann. An diese Ansicht des deutschen Rechts schließt sich das preußische Landrecht (I. 2. § 7 fg.) zunächst in Beziehung auf **fructus pendentes** an, und wenn gleich Gebäude auch nach diesem für unbewegliche Sachen zu halten

*) Klein, System des preuß. Civilrechts, neu bearbeitet von Fr. und L. von Rönne. Bd. I. § 45.

**) Jac. Grimm, D. Ralterth. S. 566.

sind, so gilt doch der Satz solum est pars aedium oder aedes sunt pars soli nach preußischem Rechte nicht (I. 22. § 243 fg.); vielmehr sind ganz im Geiste des älteren deutschen Rechts *) an beiden sehr wohl verschiedene Eigenthumsrechte denkbar, und damit hängt dann weiter zusammen, daß die Superficies im römischen Sinne des Wortes, als eine besondere Species der jura in re im preußischen Landrecht entbehrt werden konnte.

Nächstdem kommt in Betracht die Besitztheorie, der veränderte Begriff des juristischen Besitzes, zu welchem das Landrecht außer der factischen Detention zwar auch einen bestimmten animus des Inhabers, aber nicht die Absicht, die Sache als sein Eigenthum zu besitzen, sondern nur die, für sich selbst über die Sache zu verfügen verlangt. I. 7. § 3 fg. (Vgl. oben S. 18 fg.) Man kann hier in der That sagen: das Landrecht hat zu der ursprünglichen Gewere des deutschen Rechts etwas addirt, indem es überhaupt auf den animus des Inhabers ein Gewicht legt, aber es hat von dem juristischen Besitze im Sinne des römischen Rechts etwas subtrahirt, indem es sich mit einem geringeren animus begnügt, als zu diesem erfordert wird. Die landrechtliche Besitztheorie steht also in Wahrheit in der Mitte zwischen der des römischen und der des deutschen Rechts. Mit ihr hängt aber dann auf das genaueste der veränderte Begriff und Umfang der dinglichen Rechte an fremden Sachen überhaupt zusammen. Der durch das ganze System des Landrechts hindurchgehende Satz, daß jedes persönliche Recht zur Sache durch Hinzutreten von Besitz oder hypothekarischer Eintragung den Charakter eines dinglichen Rechts erhalte, daß also an die Erkennbarkeit eines solchen Rechts stets auch die Dinglichkeit desselben geknüpft sein

*) Sachsensp. I. 20. § 1. 2. II. 21.

solle, *) ist lediglich als eine weitere Entwickelung uralter, deutscher Rechtsansichten zu betrachten, und in seiner Wurzel auf die ursprüngliche Bedeutung der Gewere zurückzuführen. Und nirgends mehr als hier springt eine durchgreifende Verschiedenheit des römischen und deutschen Rechts in die Augen, die sich in folgender Art charakterisiren läßt. Das erstere steht in der Beurtheilung von Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen auf dem ideellen Standpuncte; es sieht als das dieselben bestimmende und beherrschende Moment den Gedanken und den Willen der betheiligten Personen, also etwas Unsichtbares an, und thut dieß sogar bei dem Aeußerlichsten, was es an sich betrachtet geben kann, nämlich beim Besitz. Das deutsche Recht ist materieller; Gedanke und Wille genügen ihm noch nicht, sondern diese sollen auch ins Leben treten, es soll ein erkennbarer Ausdruck derselben hinzukommen, und aus der Einwirkung dieser Idee ist das so ganz veränderte System der dinglichen Rechte an fremden Sachen im preußischen Landrechte zu erklären. Uebrigens ist es natürlich sehr verschieden, ob es heißt: es soll überhaupt gar kein dingliches Recht an einer fremden Sache existiren, welches nicht in irgend einer Weise äußerlich sichtbar oder wenigstens durch Eintragung ins Hypothekenbuch erkennbar gemacht worden ist, oder ob die Regel nur dahin geht, daß jedes persönliche Recht an einer fremden Sache (Recht zur Sache) durch Hinzutritt der Erkennbarkeit den Charakter eines dinglichen Rechts annehmen solle. Anfänglich hat man im preußischen Landrechte den ersteren Satz in größerer Unbeschränktheit durchzuführen gesucht. Aber späterhin hat man denselben, namentlich bei den Gerechtigkeiten der Grundstücke (Prädialservituten) wieder aufgegeben (I. 22. § 18. vergl. mit § 58. des Anhanges);

*) Bornemann, Von Rechtsgeschäften. S. 20 fg.

dagegen hat man ihn festgehalten im Pfand- und Hypothekenrechte. Gesetz oder Willenserklärung können nur einen Titel zum Pfandrechte verleihen. Soll ein wirkliches Pfandrecht daraus werden, so kann dieß bei Mobilien nur durch deren Uebergabe, bei Immobilien nur durch Eintragung ins Hypothekenbuch geschehen, wobei indeß auch an Immobilien ein eigentliches Pfandrecht durch Einräumung des Besitzes neben der Eintragung ins Hypothekenbuch, aber nicht ohne dieselbe bestellt werden kann.

In ganz vorzüglich interessanter Weise zeigt sich der Einfluß des deutschen Rechts auch in der landrechtlichen Verjährungstheorie. Jede Ersitzung (usucapio) einer fremden Sache ist offenbar nur dadurch möglich, daß das Recht des bisherigen Eigenthümers an derselben erlöscht, und es läßt sich hiernach behaupten, jede erwerbende Verjährung habe zur nothwendigen Voraussetzung eine aufhebende Verjährung auf Seiten des bisherigen Eigenthümers. Derjenige Moment, in welchem das Recht des letzteren aufhört, fällt zusammen mit dem, wo der bisherige Besitz auf Seiten des Ersitzenden wirklich in Eigenthum übergeht, aber in der Idee erscheint die aufhebende Verjährung als die frühere; die erwerbende nimmt immer erst die secundäre Stelle ein. Nun ist es merkwürdig, wie unsre beiden Hauptquellenrechte auch diesen Gegenstand unter so verschiedenem Gesichtspuncte betrachten. Das römische Recht legt bei seiner ursprünglichen usucapio den eigentlichen Nachdruck auf die Entstehung eines neuen Eigenthums, und die Rücksicht auf den Untergang des bisherigen Eigenthums tritt nach dieser Auffassung der Sache zurück, wiewohl es nicht ganz an Aeußerungen gebricht, welche auch diese Seite des Verhältnisses hervorheben. *) Das deutsche Recht fängt seine Betrachtung offenbar

*) Die Hauptstelle, welche von diesem Gesichtspunct ausgeht, dürfte

natürlicher mit dem früheren Eigenthümer an; denn die Veränderung, welche mit seinem Eigenthum vorgeht, ist nothwendige Bedingung der Entstehung eines neuen Eigenthums in der Hand eines Andern, und hier verdient es vorzügliche Beachtung, wie diese Ansicht des Gegenstandes zugleich in der Sprache ihre Bestätigung findet. Der frühere Eigenthümer verjahrt (verschweigt, versäumt) sich an der Sache, d. h. wörtlich: er verliert sein Recht an ihr durch Nichtausübung desselben binnen eines Jahres, oder wie es mit dem bekannten Zusatze heißt, binnen Jahr und Tag; der neue Besitzer erwirbt in derselben Frist unter gewissen Voraussetzungen eine sogenannte rechte Gewere an der Sache. Die Ausdrücke Verjährung, sich verjähren, sind also in diesem subjectiven Sinne stets nur auf den Verlust eines Rechts zu beziehen; aber es war dann auch ganz dem deutschen Sprachgebrauche angemessen, das Wort Verjährung objectiv grade im entgegengesetzten Sinne zur Bezeichnung einer durch eine gewisse Zeitdauer eingetretenen Verstärkung eines vorhandenen Besitzes anzuwenden, und insofern erscheint auch der Ausdruck erwerbende Verjährung gerechtfertigt. Außer denjenigen Fällen, wo dem Erlöschen des Eigenthums auf der einen Seite die Entstehung einer rechten Gewere auf der andern gegenüber stand, gab es aber auch nach deutscher Ansicht solche Fälle, wo sich jemand an irgend einem Rechte verjahrte, während auf der entgegengesetzten Seite kein wirkliches neues Recht, sondern nur eine Freiheit von irgend einer bisherigen Verpflichtung entstand.

Als nun das römische Recht mit seiner in späterer Zeit vielfach umgewandelten Ersitzungslehre und seiner erst in der

---

wohl L. 28 pr. Dig. de verb. sign. (50. 16.) sein: Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.

Kaiserzeit geschaffenen Klagenverjährung nach Deutschland kam, so verdrängte es zwar nach und nach in den wichtigsten einzelnen Beziehungen die einheimischen Rechtssätze über die Verjährung von Jahr und Tag. Dennoch aber lag grade in jenen Ansichten des deutschen Rechts der Grund, weshalb die nach ihrem Ursprunge im römischen Rechte ganz aus einander liegenden Institute der Ersitzung und der Klagenverjährung in der theoretischen Behandlung unter einen Gesichtspunct zusammengefaßt wurden. Wollte man aber in dieser deutschrechtlichen Betrachtungsweise des Instituts consequent verfahren, so mußte das Princip an die Spitze gestellt werden, daß es sich bei jeder Verjährung zunächst um den Untergang eines bisherigen Rechts handle, und daß jede erwerbende Verjährung (Verj. durch Besitz) eine aufhebende auf Seiten des bisherigen Eigenthümers zu ihrer Voraussetzung habe. Dieß ist nun im preußischen Landrechte wirklich geschehen (I. 9. § 500. 503.), und es ist ebenfalls dem deutschen Rechte völlig angemessen, daß durch die Verjährung nicht bloß die Klage, sondern das Recht selbst erlöscht; eine Frage, die im gemeinen Rechte bekanntlich zu den höchst controversen gehört.

Endlich mag hier im Sachenrechte auch noch der Vindication Erwähnung geschehen. Das preußische Landrecht hat auch hier wieder eine Vermittelung römischer und deutscher Ansichten versucht. Namentlich kann es keinem Bedenken unterliegen, daß der Satz, wonach derjenige, welcher eine fremde bewegliche Sache bona fide von unverdächtigen Personen und durch einen lästigen Vertrag erworben hat, zur Herausgabe derselben an den vindicirenden Eigenthümer nur gegen Erstattung dessen verbunden ist, was er selbst für die Sache gegeben oder geleistet hat (I. 15. § 25 fg.), mit der Regel des älteren Rechts, Hand muß Hand wahren, in Verbindung steht, wenn gleich dieselbe darin vielfach modificirt erscheint.

Aber auch im landrechtlichen Obligationensystem ist der Einfluß deutscher Rechtsideen nach sehr verschiedenen Seiten hin erkennbar. Um zunächst ein Paar Einzelnheiten hervorzuheben, so ist die Nichtklagbarkeit aller Spielschulden, auch derer aus erlaubten Spielen (I. 11. § 577), dem deutschen Rechte entlehnt. Das Magdeburgische Recht von 1261 sagt in § 51. **Beklaget ein man den anderen umbe topelspil. her en hat ime nicht zu antwortene.** Dasselbe gilt von dem Vorkaufsrechte, welches bei einem weder durch Vertrag noch durch Verordnung eines Dritten entstandenen gemeinschaftlichen Eigenthume den übrigen Theilnehmern zukommt, wenn einer von ihnen sein Anrecht verkaufen und die übrigen die Gemeinschaft unter sich fortsetzen wollen. I. 17. § 60 fg. Es fehlt jedoch auch nicht an durchgreifenden Ideen gleichen Ursprungs, und dahin gehört namentlich die Abweichung vom römischen Rechte in Beziehung auf das Tragen des **periculum** einer versprochenen Sache. Auch hier läßt sich im Allgemeinen wieder eine mehr ideelle und mehr materielle Betrachtung des Gegenstandes unterscheiden, und im römischen Rechte herrscht auch dabei wieder die erstere vor. Die Regel ist nämlich hier, daß das **periculum** einer versprochenen Sache mit dem Augenblick, wo der Vertrag geschlossen worden, auf den Berechtigten übergehe. Die in demselben anerkannten Ausnahmen von dieser Regel können wir hier auf sich beruhen lassen. Dem deutschen Rechtsbewußtsein widerstrebt aber auch hier wieder eine solche ausschließliche Rücksicht auf das bloß Gedachte und Gewollte; vielmehr wird das Geschäft erst dann als fertig angesehen, wenn die Sache auch wirklich übergeben worden ist. Diese Ansicht ist ins preußische Landrecht (I. 11. § 95 fg.) übergegangen. Der Verpflichtete trägt, wenn nicht das Gegentheil verabredet worden, die Gefahr des Untergangs und der Verschlimmerung, bis zur Uebergabe, diese würde denn durch

die Schuld des Berechtigten aufgehalten. Aber man wird sich hier nicht mit Bornemann dahin äußern dürfen, die Redactoren seien zu dem zurückgekehrt, was der Natur der Sache gemäß sei, *) sondern dieselben sind hier, wie bei so vielen andern Lehren durch ihr deutsches Rechtsgefühl geleitet worden, und es liegt hierin eine Bestätigung dafür, daß das volksthümliche Recht gewissermaßen einer angebornen Philosophie zu vergleichen ist, welche trotz langer Verdunkelung immer wieder hervorbricht und Anerkennung gewinnt. — Eine ganz vorzügliche Beachtung nimmt aber noch die Behandlung der Cession im preußischen Landrechte in Anspruch. Das deutsche Recht ist offenbar zu allen Zeiten davon ausgegangen, daß Forderungen von dem Gläubiger auch ohne Zustimmung des Schuldners auf einen Andern übertragen werden könnten, so daß dieser jetzt in die Stelle des bisherigen Gläubigers eintreten sollte: wenn sich nur die Verbindlichkeit des Schuldners durch eine solche Uebertragung der Forderung in keiner Art vergrößere; denn unter der angegebenen Voraussetzung sei es für diesen ganz gleichgültig, an wen er die Zahlung wirklich leiste. Von selbst verstand sich aber dann weiter, daß bei der Veräußerung einer Forderung der Veräußerer dem Erwerber nicht bloß für die Existenz, sondern auch für die Güte derselben, d. h. für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners haften mußte. Als das wichtigste Institut, in welchem jene Ideen am frühesten zu praktischer Bedeutung gekommen sind, ist das Wechselindossament zu betrachten. **) Der Grundgedanke dabei, worauf Alles ankommt, die Veräußerlichkeit, oder noch specieller ausgedrückt,

*) Systemat. Darstellung des preuß. Civilrechts. Bd. II. S. 535.

**) Von der dabei zu Grunde liegenden Idee ist natürlich die üblich gewordene Form wohl zu unterscheiden. Vgl. Georg Fr. von Martens, Ursprung des Wechselrechts. S. 69.

Verkaufbarkeit einer Forderung, wie die eines andern Rechts oder einer körperlichen Sache ist allgemein germanisch, wie denn überhaupt im Handels- und Wechselrechte viele eigenthümliche und ursprüngliche Ansichten des germanischen Rechts über Schuldverhältnisse die vollkommenste Ausbildung erlangt haben, und dieser Theil des Systems grade mit Rücksicht auf die germanischen Wurzeln seiner Institute und der darüber geltenden Rechtsbegriffe das sorgfältigste Studium verdient. Aus diesem Gesichtspuncte ist die Behandlung der Cession im preußischen Landrechte zu erklären. Die Abweichungen vom römischen Rechte, indem die Cession nach dem Landrechte eine directe Veräußerungsart ist, der Cessionar wirklicher Eigenthümer der cedirten Forderung wird, und der Cedent der Regel nach nicht nur für die Richtigkeit, sondern auch für die Sicherheit der abgetretenen Forderung haftet (I. 11. § 430): alles dieß gewinnt eine höhere Bedeutung, wenn diese Sätze nicht isolirt aufgefaßt, sondern als organische Theile eines größeren Gedankencyclus und als Consequenzen gewisser allgemeiner Ideen des deutschen Rechts betrachtet werden.

Im Familienrechte der preußischen Gesetzgebung finden wir eine bunte Mischung römischer und deutscher Rechtsinstitute und Rechtssätze, und die Kenntniß der ersteren allein kann zur vollständigen Einsicht ins Wesen der Sache niemals genügen. Gleich im ehelichen Güterrecht ist das römische Dotalsystem und die altdeutsche dem Ehemann zukommende Gewere zu rechter Vormundschaft am Vermögen der Frau zu einem Ganzen verschmolzen, und auf diese Grundlagen ist das Recht des ususfructus maritalis am eingebrachten Vermögen der Frau gebaut, welches die Regel des ehelichen Güterrechts in allen dem preußischen Landrecht unterworfenen Provinzen bildet. Was das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern anbetrifft, so ist zunächst eine

ähnliche Verschmelzung der **patria potestas** des neuesten römischen Rechts und des deutschen väterlichen Mundium eingetreten; es haben sich namentlich die dem deutschen Rechte eigenthümlichen Aufhebungsarten der väterlichen Gewalt behauptet; außerdem aber sind die ausgedehnteren Rechte der Mutter aus dem Einflusse des einheimischen Rechts abzuleiten. Bei der Vormundschaft, deren Dauer bis zum Eintritt der Volljährigkeit des Minderjährigen auch aus dem deutschen Rechte stammt, ist schon die Stelle interessant, welche dem Institut im preußischen Landrechte (II. 18.) angewiesen ist. Indem dasselbe hierdurch als ein Theil des öffentlichen Rechts aufgefaßt wird, liegt dabei unverkennbar die altdeutsche Idee von dem **mundiburdium regis** zu Grunde. Wer eines Schutzes bedurfte und diesen nicht in der Familie fand, stand unter dem königlichen Mundium, weshalb bekanntlich die unehelichen Kinder im Mittelalter häufig als Königskinder bezeichnet werden. An die Stelle des Königs ist im neueren Rechte die abstractere Persönlichkeit des Staats getreten, und so wird dieser nach der preußischen Gesetzgebung bei allen Schutzbedürftigen, welche des Familienschutzes entbehren, als der eigentliche Vormund angesehen.

Im Erbrechte hat sich die preußische Gesetzgebung allerdings im Allgemeinen an das römische System angeschlossen, und man scheint sich auch nicht einmal die Frage vorgelegt zu haben, ob es nicht unsern Sitten und Zuständen viel angemessener sein würde, der Intestatfolge den ersten Platz einzuräumen und die testamentarische als bloßen Anhang oder eigentlich als eine neben jener Regel anerkannte Ausnahme bestehen zu lassen, so daß dem Testator nur die Disposition über dasjenige frei zu geben wäre, was durch die nothwendige Forderung der Familie oder der Intestaterben als der regelmäßigen Haupterben nicht erschöpft

würde. *) Es versteht sich, daß in einem Erbrechtssystem, welches auf diesen Principien beruht, die Lehre vom Notherbenrecht verschwinden muß; weil bei dieser das Testament als das Erste und Hauptsächlichste vorausgesetzt wird, welches jedoch der Intestatfolge als dem Zweiten gewisse Zugeständnisse zu machen genöthigt ist. Das preußische Landrecht hat nun die Gegensätze der testamentarischen (neben welche sich die aus Erbverträgen stellt) und der Intestaterbfolge in römischer Weise aufgenommen, und dieselben dann auch durch ein Notherbenrecht in Verbindung gebracht. In jedem dieser verschiedenen Gebiete finden sich jedoch sehr wichtige Abweichungen vom römischen Rechte, welche nur aus einer Einwirkung deutscher Rechtsideen herzuleiten sind. Dahin gehört, um doch Einiges hervorzuheben, bei der testamentarischen Erbfolge, daß der römische Grundsatz nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest im Landrecht (I. 12. § 45) entschieden verworfen ist, und der Grund davon liegt doch nur darin, daß trotz des dem fremden Rechte entlehnten Begriffsschema unsern Ansichten zufolge die Intestaterben dennoch als die eigentlichen Haupterben zu betrachten sind, deren Rechte neben einem den Nachlaß nicht erschöpfenden Testament gleich wieder in alter Kraft hervortreten, die unantastbare Ausschließlichkeit des Testaments aber, welches nach römischer Auffassung durchaus nichts Anderes neben sich duldet, unsern Sitten vollkommen zuwiderläuft. Auch die römische Intestaterbfolge ist wesentlich geändert, und zwar zunächst durch das Recht des Schooßfalles, vermöge dessen in einer dem Gesetz der Natur offenbar weit besser als die Bestimmung der Novelle 118

*) Gans, Von der Stellung und dem Princip des preußischen Erbrechts, in den Beiträgen zur Revision der preuß. Gesetzgebung. Abth. 2. S. 123 fg.

entsprechenden Weise die zweite Classe dieser letzteren, im Landrecht in die zweite und dritte zerfällt, doch so daß die zweite Classe nur die Eltern, nicht auch Ascendenten entfernterer Grade, die dritte Classe neben den vollbürtigen Geschwistern nicht bloß Kinder des ersten Grades von vorverstorbenen vollbürtigen Geschwistern, sondern deren Descendenten überhaupt, natürlich stets mit Rücksicht auf die Unmittelbarkeit der Verwandtschaft, in sich begreift. Hierzu tritt aber außerdem das gleich dem Schooßfalle aus deutscher Quelle fließende gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten, (das Recht auf die sogenannte portio statutaria), ganz abgesehen noch von der außerordentlichen Intestatsuccession der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand und der unehelichen Kinder. Ferner sind auch die Pflichttheilsberechtigten im Landrecht zum Theil anders als im römischen Recht bestimmt, indem die Geschwister aus der Zahl derselben vollkommen ausscheiden, dagegen aber der überlebende Ehegatte zu den Descendenten und Ascendenten hinzutritt. Aber eine der wichtigsten und durchgreifendsten Abweichungen findet sich in der Lehre von der Erwerbung einer Erbschaft, indem die Delation und die Acquisition derselben zusammenfallen. Sobald der Erblasser verstorben, oder für todt erklärt ist, fällt die Erbschaft an denjenigen, welchen rechtsgültige Willenserklärungen des Erblassers, oder in deren Ermangelung die Vorschriften der Gesetze dazu berufen. Dieser erlangt das Eigenthum der Erbschaft, nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne daß es weiter einer Besitzergreifung bedarf. (I. 9. § 367. 368.) Man hat dieß zuweilen so erklärt, daß hier der römische Grundsatz über den Erwerb von Seiten des suus heres generalisirt worden sei; aber wenn dieß auch materiell ganz richtig ist, so erscheint es doch viel natürlicher und liegt weit näher, bei jenen Sätzen des Landrechts, durch welche viele unnütze

Subtilitäten abgeschnitten worden sind, einen Einfluß der altdeutschen Rechtsregel, der Todte erbt den Lebendigen (le mort saisit le vif), anzunehmen, selbst wenn sich ein solcher den Redactoren unbewußt geltend gemacht haben sollte. *) Es sollte hiernach im preußischen Rechte eigentlich gar nicht von der Antretung einer Erbschaft die Rede sein, weil diese nichts ist als eine Verzichtleistung auf das beneficium abstinendi, indem sich der Erbe dadurch des Rechts begiebt, die von ihm schon im Augenblick des Todes des Erblassers ipso jure erworbene Erbschaft auszuschlagen. Uebrigens mag hier nur kurz angedeutet werden, wie auch in jenem Zusammenfallen von delatio und acquisitio der Erbschaft stillschweigend wieder anerkannt ist, daß die Intestaterben im Grunde als die wahren Haupterben zu betrachten seien. Denn wie der Erwerb einer Erbschaft durch Antretung im römischen Sinne des Wortes als Consequenz des Princips erscheint, welches die testamentarische Erbfolge als die erste und hauptsächlichste ansieht, so paßt die Regel: der Todte erbt den Lebendigen, vollständig eigentlich nur in das Erbschaftssystem, wo der Erbe nicht durch die Willkür des Testators, sondern durch die Natur selbst bestimmt wird. Am reinsten hat sie sich eben deshalb im deutschen Privatfürstenrechte, ja in dem germanisch-europäischen Staatsrechte überhaupt erhalten, und die bekannten Formeln: der König stirbt nie, oder le roi est mort, vive le roi, sind nur als ein anderer, staatsrechtlicher Ausdruck desselben Grundsatzes anzusehen.

---

*) Ein höchst interessanter Aufsatz unter dem Titel: Die Erbschaftsantretung, worin die wohlthätige praktische Wirkung des im preuß. Landrechte aufgenommenen Princips klar veranschaulicht wird, findet sich in Chr. Ludw. Runde's Patriotischen Phantasien eines Juristen. S. 304 fg.

Mag das hier Mitgetheilte genügen, um den Beweis zu liefern, daß das preußische Landrecht in vielfacher Beziehung darauf Anspruch machen kann, selbst für eine sehr wichtige Entwickelungsstufe in Betreff der progressiven praktischen Wirksamkeit des deutschen Rechts gehalten zu werden. Denn viele Gedanken dieses letzteren sind darin bereits zu gesetzlicher Anerkennung gelangt, oder es ist zu einer selbstständigen, unserem Rechtsbewußtsein entsprechenden Behandlung bei einer Menge von Rechtsinstituten, mit Beseitigung solcher römischen Elemente, die für uns keine Bedeutung mehr haben, wenigstens die Bahn gebrochen worden. In der That ist das, was man so häufig im Gegensatze gegen das römische Recht als den darin ausgedrückten modernen Rechtsbegriff oder als die wieder zu Ansehen gekommene Natur der Sache bezeichnet hat, regelmäßig nichts Anderes als unser angebornes vaterländisches Recht; und wenn man den Standpunct der Wissenschaft dieses letzteren zur Zeit, wo das Gesetzbuch verfaßt wurde, berücksichtigt, wenn man sich z. B. erinnert, wie wenig damals das deutsche Sachenrecht in seinem Fundamentalinstitute, der Gewere, erforscht war, so erregt es Staunen, mit wie sicherm Tacte viele gesetzliche Bestimmungen getroffen wurden, welche nach den Ergebnissen der späteren Untersuchungen als dem Geiste des einheimischen Rechts völlig entsprechend angesehen werden müssen.

§ 12. Das deutsche Recht im österreichischen Gesetzbuche, und das germanische Recht im Code Napoléon.

Das österreichische Gesetzbuch gewährt weit weniger Ausbeute für das deutsche Recht und seine Fortentwickelung, als das preußische Landrecht. Denn erstens beschäftigt sich

dasselbe größtentheils nur mit solchen Gegenständen und Rechtsinstituten, über welche das fremde Recht bisher die Hauptnorm gebildet hatte. Es werden also sehr viele Institute des deutschen Rechts darin ganz mit Stillschweigen übergangen, und es bestehen für diese noch besondere Gesetze, bald mit allgemeiner, bald mit einer nur auf einzelne Provinzen beschränkten Gültigkeit. Zweitens fehlt es aber auch bei den im Gesetzbuche wirklich behandelten Rechtsinstituten großentheils an solchen durch das ganze System hindurchgehenden principiellen Abweichungen vom römischen Rechte, wie sie im preußischen Landrechte vorhanden sind; und auch in der Eintheilung des Ganzen tritt kein so eigenthümlicher Gedanke hervor, sondern die Materien werden in der Ordnung abgehandelt, wie sie den älteren Lehr- und Handbüchern des römischen Rechts zu Grunde zu liegen pflegt. Aber in einzelnen Lehren blickt doch auch hier sehr häufig der Einfluß deutscher Rechtsgrundsätze hindurch, und zuweilen sind dieselben sogar in noch größerer Unmittelbarkeit als im preußischen Landrechte zur Herrschaft gelangt. Einige Beispiele mögen zum Beweise des Gesagten dienen.

Im Sachenrechte ist die Vindication beweglicher Sachen (§ 367) durch die altdeutsche Regel: Hand muß Hand wahren, welche freilich auch hier aus Rücksicht auf die bona fides des jetzigen Besitzers etwas modificirt erscheint, noch mehr als im preußischen Landrechte beschränkt, und man sieht auch hier wieder recht deutlich, daß ein so absoluter Charakter des Eigenthums, wie er sich im römischen Rechte findet, unserm heutigen Rechtsbewußtsein nicht entspricht. Der Begriff der Verjährung, welchem der der Ersitzung als ein ganz besonderer gegenübersteht, ist in ursprünglich deutscher Weise aufgefaßt, indem dieselbe (§ 1451) erklärt wird als Verlust eines Rechts, welches während der von dem Gesetze bestimmten Zeit nicht ausgeübt worden ist. Was den Begriff

der Dinglichkeit bei Rechten an fremden Sachen anbetrifft, so ist zwar der Satz Heuer geht vor Kauf unter gewissen Voraussetzungen anerkannt. Es heißt nämlich § 1095: „Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß.“ Aber die Regel steht isolirt da; es wird für diesen Fall die Dinglichkeit an die Eintragung in die öffentlichen Bücher geknüpft, und der Grund davon liegt unzweifelhaft in der nun vorhandenen Erkennbarkeit des Rechts; aber es ist hierauf nicht, wie in der preußischen Gesetzgebung, ein neues Princip der Dinglichkeit überhaupt bei Rechten an fremden Sachen gebaut. *)

Aus dem Obligationenrechte ist zunächst der Satz hervorzuheben, daß das periculum einer versprochenen Sache der Regel nach bis zur Uebergabe von dem Verpflichteten getragen wird (§ 1049. 1064.), und hiermit ist, wie in der preußischen Gesetzgebung, der deutsche Rechtsbegriff zur Anerkennung gelangt. Spielschulden, wenn sie gleich aus erlaubten Spielen herrühren, können auch nach österreichischem Recht nicht eingeklagt werden. (§ 1271. 1272.) Die Cession wird ebenfalls als directe Veräußerungsart behandelt, und der Cedent haftet bei einer auf entgeltliche Art geschehenen Cession dem Cessionar sowohl für die Richtigkeit, als für die Einbringlichkeit der Forderung, jedoch nie für mehr als er von dem Cessionar erhalten hat. (§ 1397.)

---

*) In Preußen hat grade die Regel Heuer geht vor Kauf, die zuerst für Berlin durch eine Verordnung vom 15. April 1765 (Mylius a. 1765. nro. 35. S. 674) anerkannt wurde, den Uebergang zu dem neuen System der dinglichen Rechte gebildet. Bornemann, Von Rechtsgeschäften. S. 16.

Im Erbrechte ist der Grundsatz **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest** ausdrücklich verworfen, § 554. 556. Ganz vorzüglich interessant und unmittelbar auf den Einfluß deutscher Rechtsbegriffe zurückzuführen ist die Successionsordnung bei der gesetzlichen Erbfolge, § 730 fg. Dieselbe beruht nämlich auf dem altdeutschen Parentelensystem, mit Beschränkung des Successionsrechts auf die Abkömmlinge der sechs nächsten Parentelen, wobei natürlich die Parentel (Linie) des Erblassers als die erste gerechnet wird. Neben den Verwandten kommt aber auch dem überlebenden Ehegatten ein gesetzliches Erbrecht zu, § 757, was wieder aus deutscher Quelle abzuleiten ist. Dagegen hat derselbe kein Recht auf einen Pflichttheil, sondern es gebührt ihm, wenn für den Fall des Ueberlebens keine Versorgung bedungen worden ist, und so lange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, nur der mangelnde anständige Unterhalt, und ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte kann auch darauf keinen Anspruch machen, § 796.

Der **Code Napoléon**, über welchen schließlich noch Einiges beizufügen ist, enthält in vielen Lehren mehr echt germanisches Recht, als die beiden in Deutschland verfaßten Gesetzbücher. So seltsam dieß klingt, so gewiß ist es doch, und zwar gilt das Gesagte vorzugsweise grade von denjenigen Gebieten, in denen die Innerlichkeit des deutschen Rechts zu allen Zeiten ihren Hauptsitz gehabt hat, nämlich vom Familien- und dem damit zusammenhängenden Erbrechte. Frankreich hatte bekanntlich vor der Revolution kein allgemeines Gesetzbuch über das bürgerliche Recht, sondern zerfiel in Betreff dieses letzteren in die Länder des geschriebenen Rechts (**pays du droit écrit**) und in die Länder des Gewohnheitsrechts (**pays du droit coutumier**). In den ersteren, den Provinzen des Südens, bildete das römische Recht, in den letzteren das Gewohnheitsrecht der einzelnen

Provinzen und Städte den Hauptbestandtheil des bürgerlichen Rechts. Als die wichtigsten Quellen des droit coutumier sind aber selbst wieder das alte salfränkische und das normännische Recht zu betrachten, und es gewährt ein sehr großes Interesse, die Spuren der bedeutendsten Institute dieses französischen Gewohnheitsrechts so weit als nur immer möglich zurück zu verfolgen. *) Der Code Napoléon hat die alten geographischen Schranken aufgehoben. Derselbe erscheint, abgesehen von dem Einflusse, welchen die in den Ordonnan-

---

*) Eine interessante Frage ist es unter andern, ob die eheliche Gütergemeinschaft, wie sie im Code anerkannt, und bekanntlich dem droit coutumier entlehnt ist, aus salfränkischem oder normännischem Rechte abzuleiten sei? Meiner Ansicht nach aus dem ersteren. Auch in den rheinischen Land- und Stadtrechten, welche alt ripuarischen Gegenden angehören, ist das Institut der Gütergemeinschaft von jeher sehr verbreitet gewesen, und als den ersten Keim derselben sieht man hier wohl mit Recht die Quotentheilung an, welche in Betreff der ehelichen Errungenschaft in der Lex Ripuar. 37. (39.) 1. 2. angeordnet wird. Si quis mulierem desponsaverit, quicquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat. Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit, si virum supervixerit, quinquaginta solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re, quam simul conlaboraverint, sibi studeat evindicare. Aber eine ganz ähnliche Quotentheilung scheint auch bei den salischen Franken gegolten zu haben, obgleich in der eigentlichen Lex Salica davon nicht die Rede ist. Wenigstens deutet darauf eine Stelle in den Formul. Marculfi II. 17. hin, wo es in dem daselbst befindlichen Testamente heißt: Sed dum in villas aliquas, quas superius memoravimus, quas ad loca Sanctorum heredibus nostris deputavimus, quod pariter stante conjugio adquisivimus, praedicta conjux nostra tertiam inde habere potuerat, propter ipsam tertiam villas nuncupantes illas, sitas in pagos illos, in integritate, si nobis subprestis fuerit, in compensatione recipiat.

zen niedergelegte königliche Gesetzgebung und das sogenannte Zwischenrecht, d. h. das Recht aus den Zeiten der Revolution, ausübten, als eine Verschmelzung des römischen und germanischen Rechts, so daß jedes von beiden in den Lehren, wo es den Vorzug erhielt, zum allgemeinen Rechte erhoben wurde. Bemerkenswerth ist es, wie sich diese beiden großen Quellenrechte von Europa in die verschiedenen Rechtsgebiete des Gesetzbuches getheilt haben. In einem großen Theile des Sachenrechts im engeren Sinne, namentlich in den Lehren vom Eigenthum und den Servituten, jedoch mit Ausnahme einiger dazu gehörigen Gegenstände, und im Obligationenrechte herrscht das römische Element vor; im Familien-, insonderheit dem ehelichen Güter- und dem Vormundschaftsrechte, ferner im Erbrechte und der Lehre von den gesetzlichen Baudienstbarkeiten hat das germanische Element den Sieg davon getragen. Von den so zahlreichen Land- und Stadtrechten, die unter dem Namen der coutumes begriffen wurden, hat die coutume de Paris am unmittelbarsten eingewirkt, und der alte Satz, Paris sei Frankreich, hat sonach selbst in der Gestaltung des französischen Rechts eine gewisse Wahrheit erlangt. Uebrigens genoß die Pariser coutume, welche von Molinaeus (du Moulin, Parlamentsadvocat, † 1566) mit einem ausgezeichneten Commentar versehen wurde, schon vor der Revolution das meiste Ansehen. Dafür aber, daß ihr auch unter den Quellen, aus denen der Code hervorging, ein vorzüglicher Platz eingeräumt wurde, war selbst der Umstand nicht gleichgültig, daß derselbe grade in Paris seinen Ursprung nahm, so wie es auf das Ansehen des Gewohnheitsrechts überhaupt günstig einwirkte, daß die Mehrheit der Mitglieder in der Gesetzgebungssection des Staatsraths aus Ländern des Gewohnheitsrechts herstammte. *)

---

*) K. Sal. Zachariä, Handbuch d. franz. Civilrechts. Bd. I. Einl. § 15.

In die einzelnen Lehren selbst gehe ich hier nicht näher ein und begnüge mich auf die vor einiger Zeit erschienene übersichtliche Abhandlung von Zöpfl *) über das germanische Element im Code Napoléon zu verweisen. Jedenfalls dürfen wir das ausländische Gesetzbuch seiner inneren Beschaffenheit nach nicht auch ohne Weiteres als ein uns fremdes betrachten; dasselbe ist vielmehr im Wesentlichen aus denselben Wurzeln entsprossen, aus denen sich auch unser Recht herausgebildet hat, und darf in Betreff eines großen Theiles seines Inhalts sogar als ein vorzüglich kräftiger Zweig des großen Stammes der germanischen Rechte überhaupt angesehen werden.

§ 13. Ueber den verschiedenen Umfang des Princips der Exclusivität in diesen Gesetzbüchern.

Die drei großen Gesetzbücher, von denen bisher die Rede gewesen ist, sind sämmtlich mit dem Charakter der Exclusivität ins Leben getreten. Eben dieser ist jedoch keinesweges bei allen in gleichem Umfange geltend gemacht worden, und der Einfluß, welchen diese Verschiedenheit auf den gesammten Rechtszustand und die ganze Thätigkeit des Juristenstandes ausgeübt hat und noch ausübt, läßt sich gar nicht hoch genug anschlagen.

Das preußische Landrecht trat nach § 2. des Publicationspatents an die Stelle der in den preußischen Landen bisher aufgenommen gewesenen römischen, gemeinen Sachsen- und anderer fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze, und eben so auch an die Stelle der über einzelne Rechtsmaterien von Zeit zu Zeit ergangenen allgemeinen

---

*) Zeitschrift für deutsches Recht, herausg. von Reyscher und Wilda. Bd. 5. S. 110 fg.

Edicte und Verordnungen, welche bis dahin in allen Provinzen des Staats als gemeine Landesgesetze gegolten hatten. Eine Ausnahme sollte nur bei denjenigen älteren Edicten und Verordnungen Statt finden, auf welche in dem neuen Gesetzbuche selbst Bezug genommen und verwiesen würde, indem diese natürlich in Betreff aller nicht ausdrücklich geänderten Vorschriften ihre gesetzliche Kraft behielten. Was unter „den andern fremden subsidiarischen Rechten und Gesetzen" zu verstehen sei, wurde nicht näher angegeben. Nach dem Gange der Rechtsbildung in Deutschland konnte jedoch dabei nur an das canonische Recht und ans longobardische Lehnrecht gedacht werden. Dennoch aber ist die legale Gültigkeit des canonischen Rechts innerhalb des preußischen Staats keineswegs ganz unbedingt beseitiget worden, sondern es muß folgendermaßen unterschieden werden. Unzweifelhaft aufgehoben ist seine gesetzliche Kraft für alle weltlichen Gerichte ohne Ausnahme; dagegen besteht dieselbe in einem gewissen Umfange noch fort für die katholischen geistlichen Gerichte, von welchen die bischöfliche Gerichtsbarkeit ausgeübt wird. Diese letztere läßt z. B. der Fürstbischof von Breslau durch das Vicariatamt daselbst ausüben, welches sich während einer Sedisvacanz Capitular-Vicariat-Amt, außerdem aber General-Vicariat-Amt nennt. In Sponsalien und Ehesachen, so wie überhaupt in **spiritualibus** dienen die canonischen und andern geistlichen Rechte zur Richtschnur, und das allgemeine preußische Landrecht kommt nur **in subsidium** zur Anwendung. In allen übrigen Rechtsangelegenheiten, welche vor dasselbe Forum gehören, werden die Vorschriften des preußischen Rechts den Entscheidungen zu Grunde gelegt, sofern nicht eine Ausnahme aus dem Gegenstande selbst folgt. *) Uebrigens ergiebt sich nun aus

---

*) Vgl. die Abhandlung von Baumeister: Die geistliche Gerichts-

dem Gesagten, daß in Betreff aller nach dem canonischen Rechte zu beurtheilenden Sachen die Frage, ob und inwieweit die beiden Extravagantensammlungen in einer katholischen Diöces des preußischen Staats recipirt seien, auch heute noch von praktischer Bedeutung ist.

Durch die Einführung des preußischen Landrechts sind dagegen die bisher gültig gewesenen Provincialgesetze und Statuten durchaus nicht außer Kraft gesetzt worden. Aber auch ihnen wurde eine gründliche Verbesserung zugedacht, indem jede Provinz ihr eigenes Gesetzbuch erhalten sollte. In diesem sollten theils das bisher geschriebene Provincial- und statutarische Recht, theils die bisher an einzelnen Orten beobachteten ungeschriebenen Gewohnheitsrechte und Observanzen einen Platz finden, so weit diesen letzteren nach sorgfältiger Erwägung die Eigenschaft rechtsgültiger Observanzen neben wirklicher Erheblichkeit und Nutzbarkeit zugesprochen werden müßte. Im Allgemeinen aber sollte der Inhalt aller dieser Provincialgesetzbücher mit der für den ganzen Staat bestimmten Gesetzgebung so viel als möglich in Gleichförmigkeit gebracht werden. Nachdem durch Verordnung vom 20. März 1791 festgesetzt worden war, daß diese Arbeiten innerhalb dreier Jahre vollendet werden sollten, wurde der dazu bestimmt gewesene Termin im Publicationspatente des allgemeinen Landrechts § 4. „zum Ueberflusse" noch auf zwei Jahre, d. h. bis zum 1. Juni 1796 verlängert. Allein auch hierbei hatte man sich ganz ungemein verrechnet. Von den

---

barkeit katholischer Confession in Schlesien und der Grafschaft Glatz, nach Umfang und Verfassung, in C. F. Koch, Schles. Archiv. Bd. 3. S. 41—86. Für den preußischen Staat überhaupt s. die Abhandlung: Uebersicht der Verfassung der katholischen geistlichen Gerichtsbarkeit in den verschiedenen Landestheilen der preuß. Monarchie, in Hinschius Jurist. Wochenschrift 1835. S. 137. 209. 251 und 345.

beabsichtigten Provincialgesetzbüchern ist nur ein einziges, das ostpreußische, in einer dem ursprünglichen Plane entsprechenden Weise vollendet worden und 1801 erschienen, und grade für diese Arbeit hatte eine große Erleichterung darin gelegen, daß hier schon seit dem siebzehnten Jahrhundert (1620) ein ziemlich vollständiges, mehrmals revidirtes Landrecht vorhanden gewesen war. *) Längere Zeit hindurch schien dann die Idee, jede Provinz mit einem solchen besondern Gesetzbuche zu versehen, vollkommen aufgegeben zu sein, und unterdessen war eine Menge provincialrechtlicher Bestimmungen von selbst außer Gebrauch gekommen. Durch das Rescript vom 18. Juni 1827 wurde jedoch auf allerhöchsten Befehl die Bearbeitung der Provincialrechte von neuem verordnet. **) Seitdem sind viele zum Theil treffliche Vorarbeiten für diesen Zweck unternommen, und für die einzelnen Provinzen oder besondere Theile derselben Entwürfe von Provincialrechten angefertigt worden, aber wirklich erschienen ist nur das westpreußische 1844, welches jedoch kaum noch auf den Namen eines Provincialgesetzbuchs Anspruch machen kann, indem die dürftigen Bestimmungen desselben nur drei Blätter S. 105 fg. der Gesetzsammlung einnehmen. ***)

Bei der unendlich mannigfaltigen Gliederung des rein positiven Stoffes, welcher hier bewältigt werden sollte, traten der Vollendung dieser Arbeiten in verschiedenen Theilen des Staats die größten Schwierigkeiten entgegen, deren man sich anfänglich offenbar nicht so, wie es die Sache erforderte,

---

*) von Kamptz, Die Provincial- und statutarischen Rechte in der preußischen Monarchie. Th. I. S. 154 fg.

**) Thöne, Handbuch des preuß. Privatr. Bd. I. Abth. 1. § 10. Laspeyres, System des preuß. Privatr. § 19.

***) Doch ist ein umfangreiches Werk darüber erschienen: von Vegesack, Westpreuß. Provincialrecht. 2 Bde. 1845.

bewußt geworden war. Am wichtigsten war wohl der Umstand, daß ein wirkliches Provincialrecht als eine zusammenhängende Einheit gedacht in den meisten Provinzen zu allen Zeiten nur in sehr geringem Umfange vorhanden gewesen war. Vielmehr zerfiel das, was man unter jenem Namen verstand, in der Regel selbst wieder in eine Menge von Districts- und Ortsrechten, wie es z. B. in Schlesien außer den vielen städtischen Statuten und Ortsobservanzen eine große Anzahl einander coordinirter Fürstenthumsrechte gab. Ein gemeinsam schlesisches Provincialrecht war, abgesehen von den sogenannten gemeinen Sachsenrechten, welche aber mit Einführung des allgemeinen Landrechts aufgehoben wurden, fast nur in den Verordnungen zu finden, welche die Könige von Böhmen als Herzöge von Schlesien und später die Könige von Preußen für die ganze Provinz erlassen hatten. Wo sollte bei so bewandten Umständen auf einmal ein schlesisches Provincialrecht als Einheit für das ganze Land, wie sie doch im Wesentlichen beabsichtigt wurde, herkommen? Jedenfalls hätte der größte Theil desselben durch ein solches particuläres Gesetzbuch doch ein neues Recht erhalten müssen, und das Princip, welches dieser bezweckten Gesetzgebung zu Grunde lag, die Hochachtung vor der Vergangenheit, wäre immer nur in sehr beschränktem Umfange zu retten gewesen. Inzwischen hat die an den bisherigen Zustand geknüpfte Rechtsunsicherheit hier und da ein ganz entgegengesetztes Verfahren hervorgerufen, und man hat in den letzten Jahren, namentlich in Schlesien, eine ganze Anzahl sehr wichtiger provincieller und statutarischer Rechte auf Antrag einzelner Communalbehörden oder der Provinciallandstände in Gesammtheit gradezu aufgehoben. *)

*) Die Gesetze, welche in dieser Hinsicht in Betracht kommen, sind folgende:

Die Mehrzahl der praktischen Juristen und der Beamten überhaupt ist den provinciellen und statutarischen Rechten nicht nur nicht günstig gesinnt, sondern sieht dieselben mit entschieden feindlichen Blicken an. Bei der so häufigen Versetzung der Richter aus einer Provinz in die andere ist die Rechtsprechung nach solchen oft sehr alten Quellen, deren Verständniß gewöhnlich ein tieferes Studium voraussetzt, und die der neu ins Collegium eingetretene Richter in derselben Sitzung, in welcher er darnach erkennen soll, nicht

---

a) Gesetz vom 11. Mai 1839, wegen Aufhebung einiger im Jurisdictionsbezirke des Stadtgerichts zu Breslau geltenden besondern Rechte. G. S. S. 166.

b) Gesetz vom 30. Juni 1841, wegen Aufhebung der im Jurisdictionsbezirke des Land- und Stadtgerichts zu Brieg geltenden besondern Rechte. G. S. S. 127.

c) Verordnung vom 25. Octbr. 1841, die Aufhebung der in den Jurisdictionsbezirken der Städte Ohlau, Zobten, Wansen und Strehlen geltenden besondern Rechte betreffend. G. S. S. 291.

d) Gesetz vom 11. Juli 1845, wegen Aufhebung der im Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz geltenden besondern Rechte über die ehelichen Güterverhältnisse und die gesetzliche Erbfolge. G. S. S. 471. Hier heißt es in § 1. „Alle, die ehelichen Güterverhältnisse, die Erbfolge der Ehegatten und Verwandten, so wie die Erbauseinandersetzung betreffenden besonderen Gesetze, Statuten und Gewohnheiten, welche in dem Herzogthum Schlesien und der Grafschaft Glatz, sei es im ganzen Umfange dieser Landestheile, oder nur in einzelnen Districten oder Orten, Anwendung finden, und nicht bereits durch die Gesetze vom 11. Mai 1839 und 30. Juni 1841, so wie durch die Verordnung vom 25. October 1841 aufgehoben worden sind, werden mit dem 1. Januar 1846 außer Kraft gesetzt, so weit nicht die §§ 2. und 3. Einschränkungen enthalten.“ Solche zunächst nur das Privatrecht betreffende Veränderungen geschehen unmerklicher und wirken allmähliger, als Umwandlungen, die ins Gebiet des Staatsrechts und der Politik eingreifen, aber sie sind darum nicht für minder wichtig zu halten.

selten zum ersten Male nennen hört, mit sehr großen Gefahren verbunden. Selbst derjenige, welcher mit den particulären Rechten eines Gerichtsbezirkes vollkommen vertraut ist, stößt doch häufig auf Schwierigkeiten, welche zunächst in der Ungewißheit rein factischer Umstände begründet sind; denn sogar die Frage, ob an einem bestimmten Orte dieses oder jenes Statut heute noch ganz oder theilweise gelte, läßt sich trotz aller ersinnlichen Mühe in vielen Fällen nicht mehr sicher beantworten. Abgesehen von diesen rein äußerlichen Gründen, welche der Erhaltung jener Quellen keinesweges das Wort reden, kommt aber vorzüglich noch in Betracht, daß die fortwährend im Wachsthum begriffene Einheit des Staats auch im Rechte so viel als möglich nach einem entsprechenden Ausdrucke strebt, und solche Particularitäten, aus denen in der That der Geist gewichen ist, bloß deshalb, weil sie ein hohes Alter haben, nicht mehr gelten lassen will. Mit ziemlicher Gewißheit kann man daher den provinciellen und statutarischen Rechten der preußischen Monarchie das Prognostikon stellen, daß sie dem größten Theile nach allmählig untergehen, und daß sich Particularitäten höchstens noch in solchen Rechtsgebieten behaupten werden, welche durch die natürliche Beschaffenheit und Lage der einzelnen Provinzen und gewisse hieran geknüpfte factische Verhältnisse bedingt sind, oder wo mit der Aufhebung des bisherigen Provincialrechts eine ganz offenbare Verletzung wohlerworbener Rechte verknüpft sein würde. Dahin würde es z. B. gehören, wenn in der einen Provinz alle Rittergüter bisher mit der hohen und niedern Jagd beliehen gewesen sind, oder wenn gewisse Fossilien, wie Eisenerze, welche das allgemeine Landrecht zum Bergwerksregal zählt, in einzelnen Provinzen bisher dafür nicht gegolten haben, und wenn solche Verschiedenheiten zum Nachtheile der bisherigen Privatberechtigten aufgehoben werden sollten.

Uebrigens läßt sich der Gedanke gar nicht unterdrücken, daß sich in diesem fortschreitenden Absorbiren äußerlicher Particularitäten ein ewiges Gesetz menschlicher Entwickelung vollzieht. In gegenständlicher, wie in geographischer Beziehung macht sich dasselbe unaufhaltsam in sehr analoger Weise geltend. Im Mittelalter standen Land-, Lehn- und Dienst-, Weichbild- und Hofrecht als coordinirte Rechtsgebiete neben einander. Aber allmählig hat das Landrecht die übrigen Rechtskreise um ihre frühere Selbstständigkeit gebracht, und dieselben sind nun bloße Theile des Landrechts geworden, wie denn das preußische Landrecht auch das Lehn- und Dienstrecht in Th. I. Tit. 18, das damalige Weichbildrecht in Th. II. Tit. 8. und das Hofrecht in Th. II. Tit. 7. enthält. In unsern Tagen saugt nun das Landrecht auch die geographischen Particularitäten mehr und mehr auf, und strebt sich selbst an deren Stelle zu setzen.

Möge aber doch Niemand den ungemein großen Vortheil verkennen, welcher mit der Erhaltung der provinciellen und statutarischen Rechte lange Zeit hindurch verknüpft gewesen ist. Der Charakter des gesammten Staats in seinen innern Beziehungen, der im Allgemeinen immer wieder zu einer friedlichen Vermittelung zwischen Vergangenheit und Gegenwart hinneigt, giebt sich auch darin auf merkwürdige Weise kund. Besonders aber kann man einen Gewinn in dieser Hinsicht nicht hoch genug anschlagen, und ich hebe denselben um so lieber hervor, je weniger mir eben dieser bis jetzt irgendwo nach Gebühr gewürdigt zu sein scheint. Unverkennbar ist es hauptsächlich der Fortdauer jener particulären Rechtsquellen zu verdanken, daß die preußische Justiz mit den Fortschritten, welche seit dem Erscheinen des allgemeinen Landrechts grade auf dem Gebiete des eigentlich deutschen Rechts gemacht worden sind, stets in lebendigem Wechselverkehr geblieben ist. Die provinciellen und statuta-

rischen Rechte beziehen sich großentheils auf vaterländische Rechtsinstitute; eheliches Güterrecht, gesetzliches Erbrecht, agrarisches Recht und solche Rechtsgebiete, wo sich Justiz und Administration nahe berühren, oder wo Regalitätsideen ins eigentliche Privatrecht eingreifen, wie Jagd und Fischerei, Bergwerks-, Wasser-, Deich- und Damm-, Landstraßen- und Brückensachen und dergleichen. Die Nothwendigkeit, sich mit den über alle diese Dinge geltenden, zum Theil sehr mangelhaften Statuten und Gesetzen alter Zeit vertraut zu machen und die tieferen denselben zu Grunde liegenden Ideen aufzusuchen, führte den preußischen Juristen immer wieder zu dem gemeinen vaterländischen Rechte zurück, und zugleich lernte er die Gesetzgebung des allgemeinen Landrechts selbst über jene Gegenstände richtiger würdigen und verstehen. Man darf also unbedingt behaupten, daß die Fortdauer der genannten Quellen im Gebiete des Rechts ein Bindemittel zwischen Preußen und dem übrigen Deutschland gewesen ist, und man könnte sogar eine so plötzliche Aufhebung solcher Quellen, wie die zum Theil in Schlesien erfolgte, als einen zunächst vom vaterländischen Rechte erlittenen Verlust betrachten, wenn sich nicht als Ersatz die Hoffnung darböte, daß ein tieferes Studium des einheimischen Rechts überhaupt die germanischen Elemente, welche im Landrechte selbst vorhanden und bisher in dieser Eigenschaft nicht hinreichend geschätzt worden sind, zu immer klarerem Verständniß bringen und also auch auf die Praxis einen still läuternden Einfluß ausüben werde.

In den beiden andern großen Gesetzgebungen der neueren Zeit ist das Princip der Exclusivität im Verhältniß zu allen bisher gültig gewesenen Rechtsquellen weit unbedingter als in der preußischen zur Anwendung gebracht worden. Nach dem Publicationspatent des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches wurden durch letzteres alle auf die Gegenstände

dieses allgemeinen bürgerlichen Rechts sich beziehende Gesetze und Gewohnheiten, gleichviel ob sie vorher im ganzen Staate oder nur in einzelnen Provinzen und Landestheilen gegolten hatten, außer Wirksamkeit gesetzt. Aber freilich ist dieses Gesetzbuch in Betreff der darin enthaltenen Materien bei weitem nicht so vollständig als das preußische Landrecht, und es sind also für gewisse zum Theil sehr umfangreiche Rechtsgebiete, z. B. Lehnrecht, Handels- und Wechselrecht, für viele Gegenstände des Kirchenrechts u. s. w. andere Quellen neben dem neuen Gesetzbuche in Kraft geblieben. *) — Auch durch den Code Napoléon wurden alle früheren Gesetze des Civilrechts und zwar schon dadurch aufgehoben, daß eine gewisse Lehre in ihm überhaupt abgehandelt wird oder in das Gebiet des allgemeinen Civilrechts gehört, natürlich mit Ausnahme des Falles, wenn in dem Gesetzbuche selbst auf die früheren Rechtsquellen verwiesen wird. Somit hat auch das römische Recht aufgehört eine legale Quelle zu sein, genießt jedoch als sogenannte raison écrite, d. h. insofern es mit dem philosophischen Rechte übereinstimmt und positive gesetzliche Bestimmungen fehlen, noch immer ein gewisses Ansehen in den Gerichten. **)

§ 14. Die Literatur der neuen Gesetzbücher im Allgemeinen betrachtet.

An jedes von diesen Gesetzbüchern hat sich nach und nach eine eigene Literatur angelehnt, überall zunächst von dem Streben geleitet, den Inhalt der neuen Gesetzgebung zum richtigen und vollen Verständniß zu bringen, und damit

---

*) Vinc. Aug. Wagner, Das Quellenverhältniß des bürgerl. Gesetzbuches zu den besondern Zweigen des österr. Privatr. 1818.

**) K. Sal. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts. Bd. I. § 14.

zugleich eine Vermittlerin zwischen ihr und dem praktischen Leben zu werden. Aber in allen Ländern des Occidents greift das Recht der Gegenwart mit so zahllosen Wurzelfasern in die Vergangenheit zurück, daß bei der Anwendung desselben selbst das nächste praktische Bedürfniß nur auf ganz mechanische, geistlose Weise zu befriedigen sein wird, wenn sich der Blick nicht fortwährend zu den großen europäischen Quellenrechten hinwendet und aus ihnen den rechten in den Dingen wohnenden Geist zu gewinnen sucht; denn eben jene bilden gleichsam den Stamm, zu welchem sich die modernen Gesetzbücher nur wie einzelne Aeste und Zweige verhalten.

Am wenigsten ist offenbar die Literatur des österreichischen Gesetzbuches von dem neuen Schwunge berührt worden, welcher seit mehr als einem halben Jahrhundert die Jurisprudenz zunächst in Deutschland ergriffen hat und nun schon seit längerer Zeit auch auf mehrere Nachbarländer einen mächtigen Einfluß ausübt. Wie die neue Gesetzgebung in diesem Staate selbst, schon während man mit ihr beschäftigt war, nicht als ein für ganz Deutschland wichtiges Nationalwerk, sondern als eine abgeschlossene Arbeit des einzelnen Landes behandelt wurde, so hat auch die spätere Literatur, deren Richtung im Allgemeinen nur auf Befriedigung des unmittelbaren, praktischen Bedürfnisses geht, diesen ausschließlich für Oesterreich berechneten Charakter beibehalten, und als eine Folge davon erscheint es dann wieder, daß die Werke über österreichisches Recht mit wenigen Ausnahmen, wohin hauptsächlich manche treffliche Schriften über Handels- und Wechselrecht gehören, für das Ausland fast so gut wie nicht vorhanden sind. Am meisten liegt offenbar das Studium und die Literatur des deutschen Rechts, und ganz besonders wieder die der deutschen Rechtsgeschichte darnieder. Es ist beklagenswerth, an welchen

Lücken der juristische Unterricht auf den österreichischen Universitäten in dieser Beziehung leidet. Viele von den schönen Provinzen des großen Staats bewahren in Archiven und Bibliotheken herrliche Schätze für Forschungen der bezeichneten Art; aber das Wenigste davon ist bis jetzt ans Licht gezogen worden, und ein zweiter Senkenberg hat sich bisher nicht finden wollen. Erst in der jüngsten Zeit hat sich hier und da ein regsameres Verlangen kund gegeben, auch in das Rechtsleben der Vergangenheit und in die grade im Rechte so freie und tüchtige Art der Vorfahren mit hellerem Blicke hineinzuschauen. Jedenfalls kann der Zustand der juristischen Literatur in Oesterreich zum Beweise dienen, daß es eine höchst bedenkliche Richtung für die Rechtswissenschaft ist, wenn sich dieselbe fast ausschließlich auf die praktische Handhabung eines modernen Gesetzbuches bezieht. Philosophie und Geschichte müssen stets als die unversieglichen Quellen betrachtet werden, aus denen das Recht eines jeden gebildeten Zeitalters seinen besten Lebensgeist zu ziehen hat, wenn dasselbe noch als ein würdiger Gegenstand höherer Wissenschaft angesehen werden soll.

Die Literatur über den **Code Napoléon** ist durch alle die zum Theil glänzenden Eigenschaften ausgezeichnet, welche dem französischen Nationalcharakter ein so bestimmtes Gepräge aufdrücken. Der praktische Sinn des Volkes, mit klarem Verstande, richtigem Urtheil und geistreichem Räsonnement gepaart, half hier über sehr viele Schwierigkeiten hinweg, und der Code wurde, selbst außer Zusammenhang mit seinen Quellen gedacht, sehr bald ein Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitung der mannigfaltigsten Art. Da gab es Repertorien mit Plaidoyers, juristische Wörterbücher, Commentare mit Rücksicht auf die Motive, Handbücher, Lehrbücher, Monographien, Sammlungen von Rechtssprüchen, juristische Zeitschriften und eigene dem Rechte gewidmete

Zeitungen. Die ganze juristische Geistesarbeit der Nation versenkte sich längere Zeit hindurch fast ausschließlich in die neue Gesetzgebung, und es muß dieß offenbar in Beziehung zu dem Stande der Rechtswissenschaft in Frankreich vor der Revolution gebracht werden. Dennoch aber traten einer tieferen analytischen Behandlung des in dem Gesetzbuche niedergelegten Inhalts in den ersten Decennien seines Bestehens sehr viele Umstände hinderlich entgegen. Das Bewußtsein der in dem französischen Volksthum enthaltenen germanischen Bestandtheile war in den Franzosen schon längst sehr zurückgetreten. Die gesammte Richtung in Wissenschaft und Kunst war lange Zeit hindurch zu ausschließlich französisch, und hatte sich auch grade in dieser exclusiven Form in einem großen Theile des übrigen Europa eines ungemeinen Glückes zu erfreuen. Die geschichtlichen Studien über die Jahrhunderte des Mittelalters litten noch an sehr großen Mängeln, und natürlich mußte dieß auch wieder auf die Rechtswissenschaft zurückwirken. Eine klare Vorstellung davon, daß man in dem droit coutumier eigentlich nur einen selbst wieder mannigfaltig verzweigten Ast des großen Stammes germanischer Rechte überhaupt vor sich habe, und daß nicht bloß die Sprache, sondern auch das Recht in Frankreich nach seinen geschichtlichen Grundlagen die Bedeutung eines geistigen Bindemittels mit der gesammten romanischen und germanischen Völkerwelt in Anspruch nehmen könne, lag namentlich dem Gedankenkreise des achtzehnten Jahrhunderts ziemlich fern. Sicherlich aber war grade die erste Zeit nach dem Erscheinen des Code Napoléon sehr wenig dazu geeignet, eine Anknüpfung so vieler französischen Einrichtungen an ursprünglich deutsches Wesen, ein Aufsuchen der ersten Keime französischer Lebensformen mitten in den alten Gauen und Wäldern des grade damals so oft bekriegten Deutschlands als nöthig erscheinen zu lassen. Selbst wenn die großen

politischen Bewegungen des Tages der Mitwelt noch die Zeit zu solchen Forschungen gelassen hätten, konnte sich doch während derselben eine Neigung dazu in der Rechtswissenschaft unserer westlichen Nachbarn nicht entwickeln. Und hieraus ist es ebenfalls mit zu erklären, wenn sich die französische juristische Literatur ein Paar Decennien lang überwiegend um den Text des neuen Gesetzbuches herumbewegte, ohne die in der Weltgeschichte so weit auseinander liegenden Quellen der beiden in ihm verschmolzenen Hauptbestandtheile, des römischen droit écrit und des germanischen droit coutumier, namentlich die des letzteren bis zu ihrem Ursprunge zu verfolgen. Nach und nach beginnt jedoch hier eine höchst erfreuliche Veränderung einzutreten, und unverkennbar hat auch das Werk eines deutschen Rechtsgelehrten, das bekannte Handbuch des französischen Civilrechts von K. Sal. Zachariä einen sehr günstigen Einfluß darauf ausgeübt. In der jüngsten Zeit aber hat sich unterstützt von der Regierung eine Selbstständigkeit germanistischer Studien und historischer Forschungen über das Mittelalter in Frankreich entwickelt, welche sicher auch für das Recht der Gegenwart nicht ohne die wohlthätigsten Folgen bleiben wird. *) Deutsche und französische Rechtswissenschaft reichen sich nun immer freundlicher die Hand, und die erstere hat

*) Die neuere Richtung der französischen Rechtsstudien hat auch die Wiederherausgabe mancher älteren Werke veranlaßt, wie namentlich der berühmten Institutes coutumières d'Antoine Loysel (einem Schüler und Freunde von Cujacius, † 1615), worin das französische Gewohnheitsrecht in der Form von Sprichwörtern dargestellt und erläutert wird. Die neue Ausgabe des mit den Noten von Laurière versehenen Werkes ist von Dupin und Laboulaye in 2 Bänden, Paris 1846, besorgt, und durch Anmerkungen des letzteren bereichert worden, worin besonders die germanischen Elemente im französischen Rechte trefflich beleuchtet werden.

grade bei den gründlichsten Kennern, bei Männern wie **Laboulaye, Pardessus, Guérard** u. a. die gerechteste Anerkennung gefunden. Auffallend ist jedoch folgender Unterschied von Deutschland. Während hier das Schicksal der meisten Wissenschaften, namentlich aller ethischen im weitesten Sinne des Wortes, immer vorzugsweise an die Behandlung derselben auf den Universitäten geknüpft gewesen ist, (wovon jedoch die Naturwissenschaften in der neuesten Zeit großentheils eine Ausnahme machen), hat sich jene neue germanistische Bewegung in Frankreich nicht nur mehr außerhalb der dortigen Rechtsschulen entwickelt, sondern scheint sogar auf diesen bis jetzt nur einen ziemlich geringen Anklang zu finden.

In der Literatur, welche sich über das preußische Landrecht gebildet hat, kann man schon jetzt verschiedene Perioden mit ziemlich sichern Grenzlinien unterscheiden. *) Dieselbe trug im ersten Decennium seit der Publication des Gesetzbuches und noch einige Zeit darüber hinaus überwiegend einen aphoristisch=fragmentarischen Charakter an sich, und damit stand in genauester Verbindung, daß sie hauptsächlich in periodischen Schriften hervortrat. Für das System im Großen und Ganzen wurde nur sehr wenig geleistet. Meist waren es Einzelnheiten, Beleuchtung zweifelhafter Stellen, Hervorhebung von Controversen, Mittheilung interessanter Rechtsfälle und solche Miscellen der mannigfaltigsten Art, denen sich die literärische Thätigkeit, und zwar fast ausschließlich nur im Kreise der Praktiker zuwandte. Die meisten jener periodischen Schriften hatten dann auch noch eine der Gesetzgebung gewidmete Abtheilung, wodurch sie zugleich Privatsammlungen der neu entstehenden Rechtsquellen wurden; indem Verordnungen, Rescripte des Justiz=

*) Vgl. C. F. Koch, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. I. § 16 fg.

ministerii, Entscheidungen der Gesetzcommission darin Aufnahme fanden und nach Umständen auch wohl näher besprochen wurden. Beinahe schien es eine Zeitlang, als ob sich die preußische Rechtspraxis mit ihrem Gesetzbuche in der Hand ganz allein genügen könnte und wollte, während doch das Verhältniß zur Rechtswissenschaft im Allgemeinen schon dadurch von dem in Frankreich verschieden war, daß hier die neue Gesetzgebung von allem Lande französischer Zunge Besitz genommen hatte, Rechtswissenschaft und Gesetzgebung also für den ersten Beginn viel leichter in einander aufgehen konnten, in Deutschland aber neben dem neuen Gesetzbuche des einzelnen Staats das gemeine Recht als Centrum aller gründlichen Jurisprudenz noch immer fortdauerte. **Obmutuerunt jureconsultorum oracula**, hätte man wie auf die römischen Juristen, so auf die wissenschaftlichen Träger des gemeinen Rechts in den preußischen Gerichtshöfen anwenden können, und die Ansicht, daß alles Recht nur durch Gesetze von oben her geschaffen werde, feierte in solcher Erlahmung der Wissenschaft praktisch ihren höchsten Triumph. Aber selbst jene fragmentarische Thätigkeit erlosch zum größten Theile seit dem Unglück des Jahres 1806. Eine tief eingreifende Gesetzgebung, welche hauptsächlich die Personenrechte, die Verhältnisse der Geburtsstände und das agrarische Recht im weitesten Sinne, also grade die germanischen Institute des allgemeinen Landrechts, welche halb dem Privat-, halb dem Staatsrechte angehören, völlig umgestaltete, ließ für die wissenschaftliche Behandlung längere Zeit hindurch keinen rechten Ruhepunct gewinnen, selbst wenn die Mitwelt unter den von außen hereinbrechenden Stürmen und allen den fremdartigen Anforderungen des Tages die nöthige Muße dazu behalten hätte. Dieser raschere Pulsschlag der Gesetzgebung setzte sich dann auch noch in die Jahre des Friedens fort, theils um den Rechtszustand der wieder erworbenen

oder neu gewonnenen Provinzen zu ordnen, theils um die während der Unglücksjahre hervorgerufenen oder wenigstens begonnenen Umgestaltungen so vieler wichtigen Verhältnisse zweckmäßig fortzubilden, und hier und da auch wohl die schroffen Consequenzen mancher Neuerungen etwas zu mildern.

Aber auch zu einer gründlicheren wissenschaftlichen Bearbeitung des in dem Landrechte niedergelegten Stoffes wurde nun die Bahn gebrochen, und jetzt erst zeigte sich, von wie unendlich heilsamen Folgen es gewesen, daß wenigstens der Rechtsunterricht auf den preußischen Universitäten von dem gemeinen Rechte nicht so, wie z. B. in Oesterreich losgerissen worden war. Unbedenklich darf man die Vorlesungen, welche Savigny im Winter 18$^{19}/_{20}$ in Berlin über das preußische Recht hielt, als den eigentlichen Wendepunct in der genannten Beziehung betrachten. Eine beträchtliche Anzahl gediegener Arbeiten hat seitdem den Inhalt des Gesetzbuches nach den verschiedensten Seiten hin zu durchdringen gesucht. Neben einer reichen nun wieder erstehenden periodischen Literatur, neben umfassenden Mittheilungen von Rechtssprüchen und Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes für die dem Landrechte unterworfenen Provinzen oder anderer Obergerichte, neben sehr brauchbaren Sammlungen, deren Hauptzweck auf Anknüpfung der ganzen späteren Gesetzgebung und wissenschaftlichen Ergebnisse an die sämmtlichen vorhandenen Gesetzbücher gerichtet ist, hat sich nun auch eine Menge von Kräften der logischen Zergliederung und dogmatischen Darstellung sowohl einzelner Lehren, als des gesammten privatrechtlichen und staatsrechtlichen Systems zugewandt, und es mag genügen, unter den größeren Werken über das Privatrecht die von Bornemann und C. F. Koch hervorzuheben. Ein frischeres Leben und eine größere Theilnahme an dem vorhandenen Rechtszustande überhaupt ist auch durch manche andere Bestrebungen mit angeregt und

genährt worden, und wir rechnen dahin die Arbeiten für die Revision der Gesetzgebung, die vielen den Provincialrechten gewidmeten Untersuchungen und ganz besonders die mannigfaltigen Versuche der akademischen Rechtslehrer, den so vielverzweigten Stoff auf dem vermittelnden Wege der Analyse allgemeineren Gesichtspuncten der Einheit zu unterwerfen. Die Hauptsache ist, daß man sich immer mehr und mehr von der Nothwendigkeit überzeugt hat, die Verbindung mit dem gemeinen Rechte und seinen Quellen in wissenschaftlicher Hinsicht wieder herzustellen. Denn nur dadurch läßt sich einem handwerksmäßigen Schlendrian in der Anwendung des Gesetzbuches und einer alles Geistes und Gedankens baaren Ueberschätzung des Buchstabens vorbeugen. Mögen die Quellen des gemeinen Rechts immerhin ihre legale Gültigkeit in den preußischen Gerichtshöfen verloren haben: als doctrinale Quellen müssen sie nach wie vor in ihrem vollen Werthe anerkannt werden, und nur daraus, daß man dieß in den ersten Decennien nach dem Erscheinen des Gesetzbuches fast ganz verkannte, oder sich doch über das Verhältniß des Neuen zum Alten noch nicht klar werden konnte, ist das Siechthum der damaligen landrechtlichen Literatur zu erklären. Je mehr sich diese letztere vor einer in der Wissenschaft immer sehr gefährlichen Isolirung zu hüten und das preußische Recht lediglich als Zweig eines größeren Stammes bis zu seinen Wurzeln zu verfolgen sucht, desto mehr Freiheit und Selbstständigkeit wird sie auch in sich selbst gewinnen. Und sicher ist der Weg hierzu in neuerer Zeit auf treffliche Weise angebahnt worden; nur muß hier wiederholt werden, daß ganz unverkennbar die deutschrechtlichen Bestandtheile des Landrechts bis jetzt am wenigsten eine der Wichtigkeit der Sache entsprechende Würdigung gefunden haben. Die größte Aufmerksamkeit aber gebührt in dieser Hinsicht den allgemeinen, durch ganze Theile des Systems wie durch viele

auch dem römischen Rechte bekannte Institute hindurchgehenden Gedanken, worin principielle Abweichungen von römischen Grundsätzen enthalten sind. Denn regelmäßig darf man annehmen, daß der eigentliche Kern solcher Aenderungen im vaterländischen Rechte seinen Sitz hat. Aber freilich ist eine etwas tiefere Einsicht, als sie durch Lesung eines Compendiums zu gewinnen ist, dazu erforderlich, um sich in den Besitz der leitenden Ideen desselben zu bringen, und von ihnen und ihren nothwendigen Consequenzen auch praktisch eine richtige Anwendung machen zu können.

§ 15. Der neue Schwung der Rechtswissenschaft in Deutschland seit dem Ausgange des vorigen Jahrhunderts.

Man hat den juristischen Theoretikern auf den preußischen Universitäten zuweilen den Vorwurf gemacht, an der wissenschaftlichen Bearbeitung des Landrechts zu wenig thätigen Antheil genommen zu haben. Hierin liegt jedoch wenn keine Ungerechtigkeit, so doch sicher eine große Unbilligkeit. Zum wahren Glück für alle dabei interessirten Theile waren die großen Quellenrechte des gesammten romanischen und germanischen Europa die Grundlage des Rechtsunterrichts in Preußen geblieben; man hatte bei und nach der Publication des neuen Gesetzbuches von oben her die richtige Ansicht festgehalten, daß der Weg zum preußischen Rechte nur durch das gemeine Recht hindurch führen könne, und daß eine Losreißung der Studien von diesem letzteren die Gefahr einer völlig handwerksmäßig betriebenen Justiz mit sich bringen würde. Die preußischen Universitäten hatten sich also auch in dieser Beziehung den Charakter allgemein deutscher Universitäten gerettet, und in der Mitte der Juristenfacultäten behauptete sich mithin auch jene universelle

Richtung, welche von wahrer Wissenschaftlichkeit unzertrennlich ist. In der That würden die Theoretiker den Namen von Männern der Wissenschaft gar nicht verdient haben, wenn sie es nicht als ihre nächste Aufgabe betrachtet hätten, das Band mit dem übrigen Deutschland, ja mit dem cultivirten Europa überhaupt recht fest zu halten, und an der Fortbildung der europäischen Mutterrechte mitzuwirken. Denn grade in diesen höheren Zielen, in der Beziehung des Einzelnen auf das Allgemeine, auf die Menschheit im Großen, in diesem Leben mit vergangenen Jahrhunderten, um auch die Gegenwart als Fortsetzung eines Alten und Uebergang zu einem Neuen richtig zu begreifen, giebt sich der Charakter der Wissenschaft kund. Unmöglich aber konnte für die letztere die Gesetzgebung eines einzelnen Landes, wie vollkommen sie auch gewesen wäre, den Werth der Ursprünglichkeit haben, sondern immer nur als ein Abgeleitetes, aus allgemeineren Quellen Herfließendes in Betracht kommen. Eben diese mußten nach wie vor die eigentliche Forschung vorzugsweise in Anspruch nehmen.

Und nun vergegenwärtige man sich einmal den geistigen Umschwung, der grade gegen Ausgang des vorigen Jahrhunderts in diesen großen Quellengebieten nach allen Seiten hin eintrat. Es ist höchst merkwürdig, daß ziemlich gleichzeitig mit der Ausarbeitung des ersten großen Gesetzbuches in Deutschland, welches von Anfang an dazu bestimmt war, in dem Kreise seiner Gültigkeit das bisherige gemeine Recht zu ersetzen, die Reform in der deutschen Rechtswissenschaft begann, von deren Nachwirkungen auch unsre heutigen Zustände noch bestimmt werden. Der freiere Geist, der sich besonders seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts in der Philosophie, den Alterthumsstudien und der Geschichtschreibung regte; das Emporwachsen einer reichen, vaterländischen Literatur, welche überall hin Blüthen und Früchte trieb:

alles dieß begann nach und nach seinen Einfluß auch auf die Jurisprudenz zu üben. Die kritische Philosophie untergrub die Grundlagen des starren Dogmatismus, welcher in der Bearbeitung des Naturrechts während des achtzehnten Jahrhunderts im Allgemeinen gewaltet hatte, und zog sehr bald auch das Recht, die Welt der äußeren Freiheit, in den Kreis ihrer Forschungen. Dieselbe Erscheinung wiederholte sich dann vermöge einer innern Nothwendigkeit bei jedem spätern philosophischen Systeme, mochte die innerlichste ethische Weltanschauung, wie bei Fichte, oder die zum Idealen verklärte physische, wie bei Schelling, oder die Logik und die dialektische Form des Gedankens, wie bei Hegel, den eigentlichen Brennpunct desselben bilden. Fast könnte man sagen, daß sich in diesen drei Systemen, in welche der Kantianismus aus einander gegangen ist, die dreigliedrige Eintheilung aller Philosophie abspiegle, wie wir sie schon bei Plato antreffen.

Aber auch im Gebiete der positiven Rechtswissenschaft bereiteten sich die größten Umwandlungen vor. Die so heterogenen Stoffe, aus denen unser bürgerliches Recht zusammengesetzt ist, waren durch die zunächst vom praktischen Bedürfniß bestimmte Arbeit der vergangenen Jahrhunderte zum Theil nur sehr lose unter sich verbunden worden. Um sie echt wissenschaftlich verknüpfen zu können, mußte man damit anfangen, sie erst wieder zu zerlegen, und einen jeden unter ihnen in seiner ursprünglichen Reinheit aufzufassen. Deutschland hatte seit der Reception des römischen Rechts niemals eine so große Civilistenschule gehabt, wie die französische und holländische des sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderts. Im Allgemeinen war die praktische Tendenz vorherrschend; nur einzelne hervorragende Männer, wie Heineccius, der jedoch selbst zum Theil Holland angehört, erhoben sich über jene einseitige Behandlungsweise, und zeichneten sich durch

tiefere historische und philologische Behandlung des römischen Rechts aus. Im achtzehnten Jahrhundert namentlich war auch hier ein trockener Dogmatismus einheimisch geworden, in welchem die römischen Rechtsbegriffe in scholastische Formen und Distinctionen eingezwängt wurden, und die Entfernung von den ursprünglichen Quellen sich immerfort erweitert hatte. Jetzt aber drang auch in die civilistische Jurisprudenz der Geist der Reformen ein, und so wie Hugo, welcher vorzugsweise den Namen des Kantianers unter den Civilisten verdient, mit kritischer Schärfe auf das Mangelhafte der bisherigen Methode hinwies und besonders ein tieferes Studium der römischen Rechtsgeschichte nachhaltig anregte: so trat bald nachher Savigny von Anfang an mehr positiv gestaltend auf, und suchte durch eigene Schöpfungen den wahren Sinn und Geist des römischen Rechts zum Verständniß zu bringen. Man weiß, welchen Einfluß dann Niebuhrs Bearbeitung der römischen Geschichte auf das gesammte civilistische Studium ausübte. Eine zahlreiche Jüngerschaft schloß sich an die Stimmführer der römischen Jurisprudenz an. Bald führte das Glück auch zur Entdeckung neuer höchst wichtiger Quellen, gleichsam als sollte es der schon so alten Wissenschaft des fremden Rechts auch nicht an jugendlichen Elementen fehlen, welche einen neuen Enthusiasmus zu wecken vermöchten.

Ein solcher war nämlich im Gebiete der Wissenschaft des germanischen Rechts immer mächtiger emporgestiegen, und grade hier nahm die Bewegung, von einer Menge frischer Kräfte angetrieben, einen stets rascheren Gang, weil noch so viel unbesuchte Gegenden vorhanden, noch so viel Entdeckungen zu machen waren. Es verdient eine besondere Beachtung, welch einen Einfluß die Bearbeitung des Staatsrechts wiederholt auf die des deutschen Privatrechts ausgeübt hat. Beide beruhen in den alten und mittleren Zeiten auf den-

selben Quellen, und die Fortschritte des einen werden mehr oder weniger immer auch dem andern zu Statten kommen. Schon am Anfange des vorigen Jahrhunderts hatte die hallische Juristenschule, welche sich hauptsächlich mit Staatsrecht beschäftigte, auch für das deutsche Privatrecht eine bessere Bahn gebrochen. Später wurde Göttingen, vorzüglich durch Joh. Steph. Pütter, für lange Zeit der Hauptsitz der Wissenschaft des deutschen Staatsrechts. Und grade ein Zögling von Göttingen, wo neben Andern auch Selchow und J. Fr. Runde gewirkt hatten, war Karl Friedrich Eichhorn, dessen deutsche Staats- und Rechtsgeschichte schon wegen des umfassenden darin genommenen Gesichtspunctes als Epoche machend bezeichnet werden darf. Wenn solche Untersuchungen, wie sie hier begonnen wurden, vorzugsweise geeignet waren, die europäische, ja die weltgeschichtliche Bedeutsamkeit des germanischen Rechts zum Bewußtsein zu bringen, so wurde die wissenschaftliche Thätigkeit außerdem auch von sehr vielen Fragen in Anspruch genommen, welche wie die über Dasein oder Nichtdasein eines gemeinen deutschen Privatrechts in der unmittelbarsten Beziehung zur Praxis der Gegenwart standen. Eine unerschöpfliche Fülle von Quellen reizte von allen Seiten zu tieferem Eindringen in die schöne Eigenthümlichkeit, die Innigkeit und Natürlichkeit des einheimischen Rechts, und zugleich mußte es als nächste Aufgabe erscheinen, in Lehrbüchern und Monographien den wirklich anwendbaren Stoff desselben klarer zu Tage zu fördern.

Was war nun wohl natürlicher, als daß die Theoretiker grade auf den preußischen Universitäten an diesen wissenschaftlichen Bewegungen den lebendigsten und thätigsten Antheil nahmen? Galt doch Berlin durch Savigny für die eigentliche Metropole der römischen Jurisprudenz; auch Eichhorn hatte dort eine Zeitlang gelehrt, und fast überall fan-

den sich Freunde oder Schüler derselben in akademischen Lehrämtern angestellt. Die genannten Gebiete der Rechtswissenschaft führten nach den verschiedensten Seiten hin zu einer reichen Vergangenheit zurück; die weltgeschichtliche Entwickelung des Rechts überhaupt, der Zusammenhang desselben mit Religion und Verfassung, Sprache und Sitte so verschiedener Volksthümlichkeiten, die heutige praktische Gestaltung desselben: alles dieß bot mannigfaltigen Reiz zu Untersuchungen dar, und wohin sich auch die individuelle Vorliebe wenden mochte: es konnte nie an Gelegenheit zur Gewinnung neuer Ergebnisse fehlen.

§ 16. Die historische und die philosophische Rechtsschule.

Zu allen diesen an sich schon so mächtigen Einflüssen war aber im zweiten Decennium unseres Jahrhunderts auch noch der Reiz hinzugetreten, der sich an einen Schulenstreit und alle damit so leicht verbundenen persönlichen Beziehungen zu knüpfen pflegt.

Drei Gesetzbücher mit dem Charakter der Exclusivität waren durch das so vielseitig verbreitete Streben nach einer Verbesserung des bürgerlichen Rechtszustandes bereits ins Leben gerufen, und selbst das in der Fremde entstandene hatte in einem beträchtlichen Theile von Deutschland gesetzliche Gültigkeit erlangt. Da weckte die Befreiung des Vaterlandes von schwerem äußeren Joche im Jahre 1814 tausend Wünsche und Hoffnungen, und von patriotischem Gefühle geleitet, trat Thibaut mit dem bekannten Vorschlage zu einem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für Deutschland auf. Ihm antwortete Savigny in der berühmten Schrift über den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, worin die Mangelhaftigkeit unseres Rechtszustandes zugegeben, dagegen aber die

Ansicht Thibaut's und aller Gleichgesinnten, daß der Grund des Uebels in den Rechtsquellen gesucht und deshalb durch ein Gesetzbuch geholfen werden müsse, bekämpft wurde, indem derselbe vielmehr in uns selbst liege, und wir zu einem Gesetzbuche nicht berufen seien. Vielleicht hätte eine dritte Ansicht von Anfang an das Meiste für sich gehabt, daß der Grund des Uebels in beiden, in den Rechtsquellen und in uns, gemeinschaftlich zu suchen sei; aber es war ein rechtes Glück für die Entwickelung der Wissenschaft im Großen, daß die Gegensätze mit aller Schärfe hingestellt und durchgefochten wurden, denn eben damit wurde einer künftigen Ausgleichung offenbar in viel höherem Grade vorgearbeitet. Im folgenden Jahre 1815 schuf sich dann die geschichtliche Rechtsschule in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft ein selbstständiges Organ, welches auf die juristische Bildung der Mitwelt, selbst durch den vielfach hervorgerufenen Widerspruch, längere Zeit hindurch einen ungemein großen Einfluß ausgeübt hat.

In der That lag eine ganz eigene Wendung der Dinge darin, daß der Streit der beiden Schulen, der geschichtlichen und der von Savigny als die ungeschichtliche, von ihren eigenen Anhängern gewöhnlich als die philosophische bezeichneten, sich zugleich um eine wichtige Frage der unmittelbaren Gegenwart bewegte. Unverkennbar handelte es sich dabei um etwas viel Tieferes als darum, ob und wie ein Bedürfniß der Zeit befriedigt werden sollte. Es war die verborgene Quelle, das innerste Wesen alles Rechts, welches den eigentlichen Gegenstand des Kampfes bildete, und die Streitfrage über das, was der Gegenwart noth thue, schwamm gleichsam nur auf der Oberfläche der im tiefsten Grunde bewegten Gewässer. Aber daß jene Frage mit in das Gebiet des Kampfes gezogen wurde, ja diesen zunächst hervorgerufen hatte, das gab demselben auch eine Bedeutung für

das Leben, das führte ihn aus den eigentlich gelehrten Kreisen auch in die praktischen herüber und erweckte eine so vielseitige Theilnahme daran.

Mag es mir vergönnt sein, über den Gegensatz, dem ich seit meinen akademischen Jahren stets mit der größten Theilnahme gefolgt bin, selbst nach Bluntschli's vortrefflicher Abhandlung über die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen, vom Standpuncte einer parteilosen Betrachtung aus einige Worte zu sagen. Dabei will ich von den rein persönlichen Elementen, die sich besonders später in denselben einmischten, gänzlich absehen, die sich ursprünglich bekämpfenden Ansichten aber mit aller Schärfe der Consequenz einander gegenüberstellen, wenn gleich Jedem bekannt ist, daß es im Leben selbst zwischen solchen Extremen sehr viele Uebergänge und mannigfaltig schattirte Vermittelungen zu geben pflegt. Der eigentliche Kern in den Ansichten beider Schulen ist durchaus philosophischer Natur, was Manchem, der sich hier bloß an die Bezeichnung historische Rechtsschule hält, als eine diesem Namen nicht entsprechende Behauptung erscheinen möchte. Die Anhänger dieser letzteren Schule darf man als die naturphilosophischen, die Gegner als die idealistischen Juristen bezeichnen, wiewohl grade zu dieser zweiten Schule sehr viele gezählt wurden, die im Grunde von aller Philosophie ziemlich weit entfernt waren, und nur darin als Antihistoriker erschienen, daß sie in der Behandlung des positiven Rechts hauptsächlich eine dogmatische Richtung verfolgten. Ist das Recht ein Product der Natur, und unter Natur verstehen wir auch hier die wirkende, irdische Kraft außer dem menschlichen Willen, oder ein Product der menschlichen Freiheit, oder ist es wenigstens das eine mehr als das andere? Darum bewegte sich eigentlich der ganze Streit.

Die Gegner der historischen Schule befanden sich mehr auf dem Standpuncte einer abstracten Humanität; sie be-

trachteten die Ordnung der menschlichen Dinge, das Recht und den Staat überwiegend als Schöpfungen des menschlichen Willens, und legten zu wenig Gewicht auf die Natur, auf das unerklärte Geheimniß der Nationalität, welche auch im Rechte eines Volks einen eigenthümlichen Ausdruck findet. Eine Anwendung dieser Grundsätze auf die Gegenwart machte sie dann natürlich zu Freunden umfassender Gesetzgebungen, wiewohl auch sie ganz gewiß nicht daran dachten, einer willkürlichen Gesetzfabrication das Wort reden zu wollen, vielmehr bei der Gesetzgebung hauptsächlich das im Sinne hatten, was man später gewöhnlich Codification genannt hat.

Umgekehrt aber schlug die historische Schule das Walten der Freiheit in der Gestaltung des Rechts zu gering an. Und wenn in der Jugendzeit eines Volks die Natur vorherrscht, im weiteren Fortschritt aber die Freiheit das Uebergewicht gewinnt, so wurde dieses Gesetz der Entwickelung, welches sich wie in dem Leben jedes einzelnen Menschen, so auch in dem eines jeden Volks wiederholt, in seiner Nothwendigkeit von ihr zu wenig anerkannt. Alle Fortbildung des Rechts sollte nach ihr nur auf dem Wege eines natürlichen Wachsthums vor sich gehen, so daß am Ende selbst das Leben der Pflanze als passende Analogie für das eines Volks und seiner geistigen Thätigkeiten hätte erscheinen müssen. Unter Anderm heißt es bei Savigny, da wo er von dem doppelten Leben des Rechts spricht, welches sich im Gefolge der steigenden Cultur entwickele, indem dasselbe auch da nicht aufhöre, ein Theil des Volkslebens zu sein, außerdem aber als besondere Wissenschaft den Händen der Juristen anvertraut sei: „Aus dem Zusammenwirken dieses doppelten Lebensprincips erklären sich alle späteren Erscheinungen, und es ist nunmehr begreiflich, wie auch jenes ungeheure Detail ganz auf organische Weise ohne eigentliche

Willkür und Absicht entstehen kann." *) Aber wo ließe sich wohl ein so einfaches Zusammenleben unter Menschen denken, geschweige denn ein Zustand höherer Cultur, wo nicht auch in der Bildung des Rechts sehr häufig eine Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten, also Willkür im altdeutschen Sinne des Wortes und mithin auch Absichtlichkeit der darunter lebenden Menschen wirksam sein müßte? Es war dann ganz natürlich, daß unter solcher Voraussetzung der Gesetzgebung nur die Rolle eines Lückenbüßers zugetheilt werden konnte, lediglich zu dem Zwecke bestimmt, um bei Rechtssätzen von zweifelhafter Beschaffenheit oder von schwankenden Grenzen, wie es deren überall zu geben pflegt, die für den praktischen Gebrauch scharfen Grenzen zu ziehen. Eichhorn stellte in den von Seiten des historischen Materials so trefflichen Vorträgen über Staatsrecht den Staat in der That nur als ein Naturproduct dar, indem er denselben lediglich für die Form erklärte, in welcher sich das Dasein einer besondern Volksthümlichkeit kund gebe, während doch neben dieser im höchsten Grade anzuerkennenden Naturbasis desselben jedem Volke auch die Aufgabe gesetzt ist, sich seinen Staat selbst zu bilden, mithin hier immer auch ein großes Werk, dessen Schwierigkeiten bei steigender Cultur nur zunehmen können, von der menschlichen Freiheit verrichtet, und insofern auch jedes Volk für seinen Staat verantwortlich gemacht werden muß. Hugo bezeichnete die Anfertigung von Gesetzbüchern gradezu als Etwas, was immer erst bei tiefem Verfalle eingetreten sei: **) als ob man nicht die zwölf Tafeln auch ein Gesetzbuch nennen könnte; ja er legte sogar darauf ein Gewicht, daß das Alterthum kein entsprechendes Wort für Gesetzbuch gehabt habe, während

---

*) Ueber den Beruf unserer Zeit u. s. w. S. 12.

**) Jurist. Encyclopädie. Allgemeine Lehren. Quellen des Rechts.

doch der große Julius Cäsar die Abfassung wirklicher Gesetzbücher in der Form einer Codification beabsichtigte, *) und Tacitus freilich mit vieler Einseitigkeit fast die ganze römische Rechtsgeschichte von den zwölf Tafeln an nur als einen Wechsel von Gesetzen, und noch dazu recht schlechten darstellt. **) Unter diesen Umständen war es kaum anders möglich, als daß die historische Schule bei streng festgehaltener Consequenz ihrer Grundprincipien in ein schiefes Verhältniß zur Gegenwart gerathen mußte. Namentlich konnte sich ein Praktiker, der mit den genannten Ansichten dennoch täglich nach einem modernen Gesetzbuche zu erkennen hatte, nur in der allerpeinlichsten Lage befinden, und Viele glaubten sich von derselben nicht besser befreien zu können, als wenn sie Allem und Jedem, was aus dem Feldlager dieser Schule herzukommen schien, feindselig den Rücken kehrten.

Aber mit innerer Befriedigung darf man es aussprechen: der Streit jener beiden Schulen hat sich allmählig ausgeglichen. Der Angriff, welchen Thibaut in einer besondern Schrift: Ueber die sogenannte historische und nichthistorische Rechtsschule, noch 1838 gegen die erstere ausgehen ließ, fand selbst bei den früheren Gegnern derselben keinen rechten Anklang mehr, weil die Tendenz hier offenbar weit weniger dahin ging, einen wirklichen Principienkampf zu führen, als einer etwas gereizten Empfindlichkeit Luft zu machen. Ja nach der Auffassung des ganzen Gegensatzes, wie sie sich in jener Schrift findet, hätte man fast glauben mögen, Thibaut sei früher der Hauptrepräsentant eines bestimmten Princips geworden, ohne es selbst zu wissen und zu wollen. Wie groß auch der Einfluß gewesen sein möge, den die Stellung in jenem Kampfe auf die Geschicke einzelner

*) Sueton. Jul. Caesar. c. 44.

**) Annal. III. 27.

Persönlichkeiten geübt hat: die Wissenschaft ist ihre neuen Bahnen gewandelt, das Leben hat die schroffen Gegensätze nach und nach abgeschliffen, und jeder Theil hat am Ende dem andern stillschweigend die nöthigen Zugeständnisse gemacht.

Kein positives Recht ohne das mächtigste Walten der Freiheit, ohne eine mit Bewußtsein und Absicht vorgenommene eigene Gestaltung desselben, die wir wohl berechtigt sind, als Gesetzgebung im weitesten Sinne zu bezeichnen. Es ist immer dieselbe Thätigkeit, mag sie vom Einzelnen in Dingen, welche seiner Autonomie unterliegen, von der Familie, der Corporation, Gemeinde oder dem Staat im Großen ausgehen, und grade dieß wurde, wie uns scheint, in der Betrachtung des Gegenstandes von Seiten der historischen Schule zu wenig anerkannt, indem die Gesetzgebung hier nur als Thätigkeit der Staatsgewalt und mit der wahrhaft volksthümlichen Entwickelung des Rechts gewissermaßen im Gegensatze gedacht wurde. In kleinen wie in großen Kreisen kann eine freie Gestaltung des Rechts gar nicht entbehrt werden, weil der Mensch sonst bloß nach dunklen und unklaren Trieben leben würde. Es ist Gesetzgebung, was dem römischen paterfamilias mit den Worten der zwölf Tafeln eingeräumt wird: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto. *) Wenn es im Sachsenspiegel II. 15. heißt: Svat so die burmester schept des dorpes vromen mit wilkore der merren menie der bure, dat ne mach die minre deil nicht wederreden; wenn den Städten im Mittelalter das jus id faciendi, quod vulgo Kore dicitur, eingeräumt wird, so ist dieses Recht der Willkür wahres Recht der Gesetzgebung. In unsern Tagen geht der Drang

*) Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. S. 728.

nach gesetzlich bestimmten Grundlagen der Lebensverhältnisse durch alle Schichten der Gesellschaft hindurch, und ein Verlangen, welches ein Zeitalter so allgemein beherrscht, muß, sollte man meinen, auf tieferen Ursachen beruhen. Es erklärt sich offenbar am natürlichsten daraus, daß die Bande, welche den Staat der früheren Zeit in seinen inneren wie äußeren Beziehungen zusammenhielten, gesprengt oder doch wenigstens gelockert sind. Während die alten Fundamente des gesellschaftlichen Daseins nach und nach morsch geworden, sind gleichsam aus der Tiefe neue emporgewachsen. Aber Altes und Neues erscheint noch vielfach unversöhnt. Das Alte hat noch großentheils den Buchstaben des Gesetzes für sich; dem Neuen wendet sich die Gedankenwelt, die Sympathie des Zeitalters zu. Daher das so weit verbreitete Gefühl, daß einmal mit der Vergangenheit in einer bestimmten Weise ein Abschluß gemacht werden müsse, wenn eine frische Gegenwart, eine heitre Zukunft möglich werden solle, und daß sich jenes Ziel in keiner Weise erreichen lasse, wenn man das alte Kleid immer nur durch einzelne hier und da aufgesetzte Flecke auszubessern suche. Jener Drang bezieht sich aber keinesweges bloß auf das eigentlich bürgerliche und das Criminalrecht in materieller, wie in formeller Hinsicht; er giebt sich vorzugsweise auch im Staatsrechte kund, wo er als Streben nach gesetzlichen Garantien der politischen Freiheit hervortritt, und er hat seine Wirksamkeit eben so auch auf das Gebiet des Völkerrechts erstreckt, denn mit gutem Grunde darf man die Finalacte des Wiener Congresses in vielen wichtigen Beziehungen als den großen völkerrechtlichen Gesetzcodex der neueren Zeit betrachten. Der kundige Beobachter wird bei allen diesen Fixirungen und Codificationen des Rechts mit besonderem Interesse darauf merken, wie in der weiteren Entwickelung das Leben selbst doch immer wieder stärker ist, als der geschriebene

Buchstabe eines solchen Codex. Daher werden immer wieder Aenderungen im Einzelnen, Ausnahmen von der Regel nothwendig, bis am Ende die bisherige Regel selbst zur Ausnahme wird, ein späteres Geschlecht also eine neue Regel aufstellen und einen neuen Abschluß mit der Vergangenheit vornehmen muß.

Aber auch kein positives Recht in reiner, ungetrübter Fortbildung ohne die natürliche Basis einer bestimmten Nationalität. Darauf mit aller Energie des Geistes, mit der Kraft hinreißender Beredsamkeit hingewiesen zu haben, das wird zu allen Zeiten das große Verdienst der historischen Rechtsschule und ihres Hauptbegründers bleiben. Der Einfluß, welchen die Ansichten dieser Schule weit über die Grenzen der eigentlichen Rechtswissenschaft hinaus auf die geschichtlichen Studien überhaupt ausgeübt haben, kann gar nicht allzuhoch angeschlagen werden. Durch keine andere Lehre ist der contrât social so gründlich bekämpft, ein so klarer Blick in die Urzeit des menschlichen Geschlechts, in das Erwachsen des Stammes und des Volkes aus der Familie, also auch in den ersten Beginn einer jeden Staatsordnung eröffnet worden; keine andere Lehre hat die ältesten Völkergeschichten so verständlich gemacht, den Begriff wahrer Volksthümlichkeit noch deutlicher zum Bewußtsein gebracht, und die neuere Sprach- und Rechtswissenschaft haben sich dann trefflich in die Hand gearbeitet.

§ 17. Der Kampf zwischen dem römischen und dem deutschen Recht.

Kaum ist der Streit der oben genannten beiden Schulen allmählig zurückgetreten, so rückt nun täglich ein anderer Gegensatz mehr in den Vordergrund. Bei diesem handelt es sich nicht mehr um den innersten Grund und das Wesen

des Rechts überhaupt. Der neue Kampf bewegt sich lediglich innerhalb der Schranken des positiven Rechts; es ist der zwischen dem fremden römischen und dem deutschen Rechte, und sicher darf es als besonders merkwürdig hervorgehoben werden, daß die Richtung der historischen Schule, die doch zunächst hauptsächlich aus dem Kreise der Romanisten hervorging, grade dem Ansehen des deutschen Rechts vorzugsweise förderlich geworden ist. Von den verschiedensten Seiten her erklingt der Ruf nach nationalem Rechte, und wie sich leicht erachten läßt, knüpft sich daran auch mehr oder weniger Feindseligkeit gegen das römische Recht. Da sich nun eben dieses überall, wo es keine Gesetzbücher mit Exclusivität giebt, als ein wesentlicher Bestandtheil des gemeinen Rechts noch im Besitze befindet, und aus diesem kaum anders als durch Gesetzgebung von oben her verdrängt werden könnte, so nehmen die Gegner des fremden Rechts die Thätigkeit dieser letzteren schon für den angegebenen Zweck in Anspruch, indem sie davon ausgehen, daß dieser dadurch am leichtesten und schnellsten erreicht werden könne.

Wie immer in Parteikämpfe, so mischt sich auch in diesen neuen Streit sehr viel Einseitigkeit und Unklarheit der Begriffe. Es dürfte sonach am Orte sein, vor allen Dingen den eigentlichen Gegenstand desselben etwas genauer zu bestimmen und fester zu begrenzen.

Was kann überhaupt denkbarer Weise die Absicht, das Ziel derjenigen sein, welche dafür halten, daß eine Beseitigung des römischen Rechts als die erste Bedingung einer Verbesserung des Rechtszustandes in Deutschland zu betrachten sei? Fassen wir dieß einmal etwas näher ins Auge, indem wir dabei von der Unterscheidung der drei Begriffe: Rechtsinstitute, Rechtsregeln und Rechtsquellen ausgehen. Also fragen wir zunächst: würden von einer Reform in der Art, wie sie von Vielen erstrebt wird, auch

unsre Rechtsinstitute als solche in ihrem Dasein angegriffen werden? In der That drücken sich die Gegner des römischen Rechts zuweilen so aus, als müßten unsre meisten Rechtsinstitute als vermeintlich aus der Fremde stammend entfernt und durch einheimische ersetzt werden. Allenfalls will man dann ausnahmsweise eines oder das andere, wie z. B. das Testament, aus besonderer Gnade noch unter uns fortleben lassen. Aber dieser ganzen Auffassung des Gegenstandes liegen die ärgsten Mißverständnisse zu Grunde. Schon oben ist darauf hingewiesen worden, daß vermöge der Reception des römischen Rechts keinesweges auch ohne Weiteres die Institute desselben mit recipirt worden sind. War dieß bei einem dem einheimischen Rechte unbekannten, wie z. B. dem Testament, wirklich der Fall, so wurde dadurch in der Regel einem schon früher gefühlten Bedürfniß abgeholfen, und es wäre lächerlich, das fremde bloß wegen seiner ausländischen Herkunft abschaffen zu wollen. Abgesehen aber von solchen Fällen sind die römischen Rechtsinstitute als solche Deutschland fern geblieben. Den schlagendsten Beweis liefert das römische Staatsrecht; aber auch das Criminalrecht und das eigentliche Privatrecht bieten eine Menge von wichtigen Belegen für das Gesagte dar. Durch jene Reception sind uns also auch die einheimischen Rechtsinstitute nicht entzogen worden. Wenn dennoch einzelne darunter nach und nach mehr zurückgetreten und an ihrer Stelle römische für ähnliche Lebenszwecke herrschend geworden sind, so hat dieß regelmäßig darin seinen Grund gehabt, daß diese letzteren bei steigender Verwickelung der Lebensverhältnisse als die zweckmäßigeren und angemesseneren erschienen sind. In sehr vielen Fällen hängt es aber auch heute noch von der Selbstbestimmung der einzelnen Person und von der Autonomie der Parteien ab, ob sie sich dem römischen oder dem deutschen Rechtsinstitute unterwerfen wollen, und es könnte nur

einem ganz verkehrten Kopfe einfallen, ihnen diese Freiheit beschränken zu wollen. Es wäre absurd, allen Personen, welche letztwillig über ihr Vermögen disponiren wollen, dieß nicht mehr in der Form des Testaments, sondern nur in der des Erbvertrages zu gestatten, bloß deshalb, weil dieser ein deutsches, jenes ein römisches Rechtsinstitut ist. Es wäre absurd, das System der Gütergemeinschaft wegen seiner rein deutschen Herkunft für die ausschließliche Regel des ehelichen Güterrechts zu erklären, und das römische Dotalsystem wegen dieses Ursprungs nicht mehr gelten zu lassen, abgesehen noch davon, daß dieses letztere selten ganz rein erscheint, in der Regel mehr oder weniger durch deutsche Rechtsinstitute modificirt ist, und in dem Princip der Gütertrennung sogar mit dem ältesten deutschen ehelichen Güterrechte übereinstimmt. Bei einzelnen deutschen Rechtsinstituten, wie z. B. dem Rentenkaufe, mag man es als einen Nachtheil ansehen, daß sie nach und nach allzusehr zurückgedrängt, und in Beziehung auf gewisse durch sie zu erreichende Zwecke nicht durch andere dafür gleich geeignete ersetzt worden sind. *) Aber das römische Recht ist daran sicher sehr unschuldig, und es ist mehr die mit dem Verkehr überhaupt vorgegangene Umwandlung gewesen, welche diese Wirkung nach sich gezogen hat. Ueberhaupt ist bei dem gänzlichen Eingehen oder bei der zunehmenden Bedeutungslosigkeit vieler deutschen Rechtsinstitute das vorzüglichste Gewicht immer auf die Entwickelung des einheimischen Rechtes selbst und des das Recht bedingenden Volkslebens zu legen. Sie ist es gewesen, welche z. B. die Leibbürgschaft, die Uebergabe des zahlungsunfähigen Schuldners zu Hand und Halfter, das Pfändungsrecht

---

*) Vgl. die Schrift: Bemerkungen und Vorschläge zur Revision der Hypotheken-Ordnung, Berlin bei Ferd. Dümmler. 1831. S. 11 fg., wo in geistreicher Weise hierauf hingewiesen ist.

in Schuldsachen, die Geschlechtsvormundschaft, die Gerade, das Heergewäte ganz oder großentheils beseitigt, die Morgengabe immer seltener gemacht, welche so viele an das Lehnwesen geknüpfte Institute nach und nach in Antiquität verwandelt hat. Das römische Recht hat hier höchstens indirect mit eingegriffen, denn die meisten der genannten Institute haben ja noch Jahrhunderte lang neben ihm bestanden. Kein Vernünftiger aber wird heute das, was sich überlebt hat, bloß deshalb, weil es ein ursprüngliches Glied des einheimischen Rechts war, wieder zurückführen wollen. Wir leben heute nicht mehr unter alten Wald- und Gografen, unsere Könige werden nicht mehr auf dem Schilde umhergetragen und geschwungen, und fahren auch nicht mehr auf einem mit Stieren bespannten Wagen zur großen Landesgemeinde.

Aus dem Gesagten ergiebt sich also das Resultat: die Reform, welche jene Gegner des römischen Rechts für wünschenswerth, ja für nothwendig ansehen, kann sich denkbarer Weise nicht darauf beziehen, daß wir andere Rechtsinstitute als die bisherigen erhalten sollen. Sie kann also nur die Gebiete der Rechtsregeln nebst den Rechtsbegriffen und der Rechtsquellen betreffen; aber hier sind wiederum genauere Unterscheidungen vorzunehmen, denn in den genannten Beziehungen lassen sich gewisse Grade denken; ein Mehr oder Minder, was jedes der beiden großen Quellenrechte des gebildeten Europa für sich in Anspruch nehmen könnte. Ich schicke voraus, daß ich selbst von der Nothwendigkeit wesentlicher Reformen hinsichtlich der Stellung des fremden und des einheimischen Rechts zu einander durchdrungen bin; aber gar manchen hierauf gerichteten Forderungen darf man sicher auch den Vorwurf machen, der so viele Wünsche und Ansprüche trifft, welche das Staatsleben, die Verfassung und die Ordnung der öffentlichen Dinge in unsern Tagen zum

Gegenstande haben: sehr häufig liegt darin eine Verwechselung von Mittel und Zweck. Nicht das Einheimische als solches und seine Geltung statt der des Fremden, sondern nur das Vernünftige kann der Zweck sein.

Das Aeußerste, was von den Bekämpfern des römischen Rechts verlangt werden könnte, würde offenbar darin bestehen, daß auf die in Deutschland vorhandenen Rechtsinstitute in Zukunft auch nur deutsche Rechtsregeln zur Anwendung gebracht würden. Eine ausschließliche Herrschaft dieser letzteren aber würde natürlich zugleich voraussetzen, daß auch die bisherigen römischen Rechtsquellen ihre legale Gültigkeit verlieren müßten. Also auf Beseitigung der römischen Rechtsregeln und der römischen Rechtsquellen würde das Programm dieser Partei lauten. Nur würde man freilich von vorn herein bei denjenigen Instituten, welche in der That römischen Ursprungs sind, doch eine Ausnahme von der Regel zugeben müssen, weil es für diese keine ausreichenden einheimischen Rechtssätze geben würde.

Den directen Gegensatz der angeführten absolut germanistischen Ansicht würde diejenige bilden, welche sich als die streng romanistische bezeichnen läßt, wonach nicht bloß den römischen Rechtsregeln ihre bisherige Herrschaft vollständig zu erhalten wäre, sondern eben dieselbe auch auf die fortdauernde legale Auctorität der Justinianischen Gesetzbücher gestützt bleiben müßte.

Aber zwischen diesen beiden Extremen sind Vermittelungen denkbar, und nur auf dem Wege einer solchen scheint uns ein wahrer Fortschritt möglich zu sein. Wir glauben an das wachsende Ansehen des deutschen Rechts, aber wir sind eben so fest überzeugt, daß ein großer Theil des wirklichen Inhalts unseres positiven Rechts nach wie vor auf römischer Wurzel beruhen wird; ja wir halten eben diesen für so innig mit unserm gesammten Rechtsleben verbunden,

daß seine Wirksamkeit nicht einmal mehr für abhängig von der gesetzlichen Gültigkeit der römischen Rechtsquellen erachtet werden kann. Die beiden Fragen über die materielle Einwirkung des römischen Rechts und über die formelle Auctorität der Justinianischen Gesetzbücher müssen also sehr bestimmt getrennt werden.

Eine Beseitigung des ganzen fein ausgebildeten Systems römischer Rechtsregeln und Begriffe und seines Einflusses auf unsere Zustände in materieller Hinsicht zu verlangen, das kann im neunzehnten Jahrhundert nur einem völlig Unkundigen einfallen; und man sollte denken, daß grade der Inhalt der neuen großen Gesetzbücher und die Stellung, welche das römische Recht in denselben einnimmt, auch ohne von dem legalen Ansehen der römischen Rechtsquellen getragen zu werden, vorzüglich geeignet sein müßte, um jedem in dieser Beziehung eine beherzigungswerthe Lehre zu geben. Selbst wenn man sie vornehmen wollte, würde eine solche Entfernung desselben doch ganz unmöglich sein; eben so unmöglich, wie die Rückkehr der Zeiten, wo die göttlich verehrte Veleda den germanischen Waffen Glück, und den römischen Legionen Verderben prophezeihte. Savigny sagt einmal so treffend, daß eine abgeschlossene nationale Entwickelung überhaupt nicht auf der Bahn des Fortschrittes zu liegen scheine, welche die Vorsehung den Völkern des neueren Europa vorgezeichnet habe. Mischung, Verschmelzung erscheint hier überall als Hauptmittel zu höherer Bildung; vorzugsweise grade Verschmelzung römischer und germanischer Elemente, und dieß gilt namentlich auch von dem positiven Rechte. Schon seit den Zeiten der Völkerwanderung ist das germanische Recht in allen den Staaten, welche in ehemaligen Provinzen des großen Weltreiches gegründet wurden, vielfach durch den Einfluß des römischen bestimmt worden. Frühzeitig sind dann römische Rechtselemente auch ins innere

Deutschland eingedrungen, und eine Menge großartiger Beziehungen des deutschen Nationallebens, die Verbindung mit dem Frankenreiche in merovingischer, noch mehr in carolingischer Zeit, später das Verhältniß zu Italien und ganz besonders die Macht und das Ansehen der Kirche und des geistlichen von antiken Bestandtheilen durchdrungenen Rechts haben darauf eingewirkt. Endlich hat die Idee von der Fortdauer des großen römischen Weltreiches, welches nur die Nation gewechselt habe und von der römischen zur deutschen übergegangen sei, die wirkliche Reception des fremden Rechts in Deutschland zur Folge gehabt. Nach einer wissenschaftlichen und praktischen Arbeit von Jahrhunderten ist dasselbe jetzt so mit unsern Zuständen verwebt; es hat die Gestaltung unserer Lebens- und Rechtsverhältnisse so sehr mit bestimmen helfen und hat sich in der juristischen Gedankenwelt so festgesetzt, daß eine Entfernung der Einwirkung römischer Rechtsbegriffe für völlig unausführbar zu erklären ist: selbst wenn man sich den Fall denkt, daß eine neue Gesetzgebung mit der Absicht, durchaus nur deutsche Elemente dabei zu berücksichtigen, unternommen würde. Denn zum Glück liegt eine reine Unmöglichkeit vor, die ganze juristische Bildung der Gegenwart zu vernichten, was doch jedenfalls vorher erst geschehen müßte; und das deutsche Recht würde auch in seiner heutigen Gestalt nichts weniger als geeignet sein, unsern Zuständen und Bedürfnissen Genüge zu leisten. Jahrhunderte lang hat das fremde Recht die Grundlage der höheren Wissenschaftlichkeit des Juristenstandes gebildet, und ohne dasselbe würde auch die germanistische Jurisprudenz heute nicht auf dem Standpuncte stehen, den sie wirklich einnimmt. Sündigen wir also nicht an der großen Ueberlieferung der Weltgeschichte; erkennen wir vielmehr den geistigen Reichthum an, der uns durch dieses Erbtheil des classischen Alterthums, durch diese Verknüpfung

der antiken mit der germanisch-christlichen Welt gegeben ist.

Eine ganz andere Frage aber ist die über die fortdauernde formelle Gültigkeit der fremden römischen Gesetzbücher als wirklich legaler Rechtsquellen in der uns überlieferten Gestalt. In dieser Hinsicht läßt sich kaum bezweifeln, daß die Losreißung der Praxis von dem Texte der Justinianischen Compilation als eine nothwendige, unausbleibliche Entwickelungsstufe zu betrachten ist, welche von allen deutschen Ländern auf dem Wege einheimischer, von der Wissenschaft vorbereiteter Gesetzgebung in nicht zu langer Zeit erreicht werden wird. Niemand kann bestreiten, daß in dem fremden Buchstaben weit zurück liegender Jahrhunderte an sich schon eine gewaltige trennende Kraft liegt, wodurch selbst derjenige Theil des darin niedergelegten Inhalts, welcher in Wahrheit den Namen einer ratio scripta verdient, und dessen Anwendbarkeit auf unsere Verhältnisse mit inneren Gründen nicht angefochten werden kann, dem Bewußtsein der Gegenwart mehr in die Ferne gerückt wird. Hierzu kommt, daß grade mit dem legalen Ansehen des fremden Textes nur zu leicht die Gefahr einer Gedankenlosigkeit verbunden ist, welche aus übergroßer Verehrung vor dem todten Worte nicht bis zu dem Geiste der Sache durchzudringen vermag. Ueberhaupt aber läßt sich sagen, daß die Herrschaft der fremden Form nur so lange für gerechtfertigt gelten konnte, als das darin enthaltene Gedankensystem einheimischen Ausdruck nicht genügend zu finden vermochte. Je mehr diese Schwierigkeit schwindet, desto mehr verliert jene Herrschaft ihre Berechtigung, und schwerlich werden sich die damit verknüpften Nachtheile durch irgend ein anderes Mittel noch besser vermeiden lassen, als durch eine einheimische Gesetzgebung, welche sich selbst an die Stelle des fremden Textes setzt. Denn je mannigfaltiger sich die Verwickelungen des

menschlichen Daseins gestalten, je vielseitigere Beziehungen der weitverzweigte Verkehr nach der Nähe und Ferne hervorbringt, desto mehr werden und müssen sich auch die Versuche vervielfältigen, durch eigene Codification und Aufstellung fester, sicherer Grundsätze die unerschöpfliche Casuistik des Lebens so viel als möglich zu bewältigen. Aber sicherlich wird man ein ersprießliches Resultat nicht anders zu erlangen vermögen, als durch Mischung von römischem und deutschem Recht. Einerseits werden sich die Regeln und Begriffe des ersteren, so weit sie in Deutschland wirklich eingebürgert sind, befreit von der fesselnden Umhüllung, unsern Verhältnissen nur um so leichter anschmiegen, und der Geist, die Vernunft derselben wird nur um so freier und ungetrübter walten können. Andererseits wird, wie sich wohl mit Gewißheit voraussagen läßt, auf dem angegebenen Wege auch dem deutschen Rechte wieder eine höhere praktische Bedeutung gewonnen werden.

Und grade hier ist es, wo die wahre, den Germanisten unserer Tage gesetzte Aufgabe scheint gesucht werden zu müssen. Dieselbe geht warlich nicht dahin, sich dem römischen Rechte feindselig gegenüber zu stellen und aus verkehrten Anwendungen desselben, an denen es freilich nie gefehlt hat, Angriffe gegen dieses selbst herzuleiten; denn dadurch könnte die mit unsern heutigen Zuständen einzig verträgliche Verbesserung des bürgerlichen Rechts nur aufgehalten werden. Vielmehr haben sie es als ihren hauptsächlichen Beruf anzuerkennen, für das steigende Ansehen des einheimischen Rechts durch ein immer tieferes Eindringen in den Geist desselben und durch Herausarbeitung des eigenthümlichen darin enthaltenen Kernes thätig zu sein; und sicher wird es dieser wissenschaftlichen Forschung nicht zum Schaden gereichen, wenn sie sich dabei in formeller Hinsicht, in dem, was Savigny einmal das Rechnen mit Begriffen nennt, von römi-

schen Mustern leiten lassen. Offenbar fehlt noch sehr Vieles dazu, daß das deutsche Recht in dem Mischungsverhältniß der beiden großen Quellenrechte des gebildeten Europa grade in Deutschland den ihm gebührenden Platz einnehme; nach vielen Seiten hin wird die praktische Bedeutung desselben wachsen, und an die Stelle einer Menge römischer Rechtsbegriffe, in welche die Rechtsinstitute oft gewaltsam eingezwängt worden sind, werden deutsche, unserem rechtlichen Bewußtsein entsprechende Gedanken treten müssen: das kann bei unbefangener Betrachtung unserer bürgerlichen Einrichtungen nicht in Frage gestellt werden. Auch darf man keineswegs glauben, daß der Sache ihr Genüge geschehen sei, wenn bei den ausschließlich deutschen Instituten jeder Einfluß des fremden Rechts so viel als möglich beseitigt wird. Vielmehr geht die Hauptaufgabe offenbar dahin, die leitenden vaterländischen Rechtsideen, die Begriffe, die sich durch die verschiedensten Lehren hindurchziehen und den inneren Zusammenhang derselben nicht bloß immer klarer zu Tage zu fördern, sondern auch ihre Anwendbarkeit auf das gesammte System unseres bürgerlichen Rechts nachzuweisen und damit zugleich ihre allgemeine Anerkennung vorzubereiten. Diese innere Vernunft, gleichsam die angeborne Philosophie des einheimischen Rechts, wird immer vollständiger dargethan, immer tiefer begründet werden müssen, und auch der eigenthümlichen deutschen aequitas mögen wir hier gedenken, deren Gefährlichkeit man in England nicht selten durch Umschlagen ins reine Gegentheil ausgewichen ist, die sich dagegen in Deutschland behauptet, durch die Berührung mit dem römischen Geist aber zugleich mit dem strengeren Rechtsprincip verglichen hat.

Jeder Tag bringt uns in den genannten Beziehungen neue Anforderungen entgegen, denn immerfort neu entwickeln sich die verschlungensten Zustände aus der unaufhaltsam

wachsenden Industrie; aus den Unternehmungen, welche auf die allseitigste Nutzung des Volksvermögens, die mannigfaltigste Unterwerfung der Naturkräfte unter menschliche Kunst und Willen gerichtet sind; aus der Nothwendigkeit für die Erreichung dieser Zwecke wiederholt eine große Menge von menschlichen Interessen auf einen Punct hin zu vereinigen. Und doch sollen alle jene Verhältnisse auch im Rechtssystem ihren Platz finden; sie sollen bestimmten Rechtsinstituten subsumirt und logischen Folgerungen aus festen Grundprincipien mit sicherer Consequenz unterworfen werden.

Aber gestehen wir es doch offen ein, daß wir die Fähigkeit hierzu, so viel wir deren wirklich besitzen, vorzüglich durch den wohlthätigen Einfluß des römischen Rechts erworben haben und täglich von neuem gewinnen. Sollte es nicht wahr sein, was noch neuerdings von einem der unbefangensten und kundigsten Schriftsteller, Biener, ausgesprochen worden ist, daß der germanische Geist der gewohnheitsrechtlichen Bildung an sich selbst die Gabe nicht besitze, zu allgemeinen Ansichten und wissenschaftlichem Zusammenhange zu führen, wenn er nicht diese Gabe von außen her empfange? *) Nach einer der obigen Aeußerung beigefügten Bemerkung über die englische Rechtsgeschichte ist, wie Biener sehr richtig ausführt, in England seit der Verbannung des römischen Rechts, d. h. etwa seit der Mitte des vierzehnten Jahrhunderts, der Blick auf das Ganze und Allgemeine verloren gegangen, und dieß wird selbst durch die weitläuftige Casuistik der Parlamentsstatuten bestätigt. Wenn wir uns nun heute jener Gabe in höherem Grade bewußt sein dürfen, ja wenn

*) Vgl. die Abhandlung: Die Verbreitung des römischen Rechts im Mittelalter und der Einfluß desselben auf das englische Recht, in der kritischen Zeitschrift für RW. und Gesetzgebung des Auslandes. Bd. 19. Heft 2. S. 170.

Deutschland in der Entwickelung der allgemeinen Gedanken des einheimischen Rechts, in der Erforschung seiner innersten Philosophie denjenigen germanischen Ländern, in welchen römisches Recht nicht recipirt ist, England und Scandinavien, offenbar den Rang abgelaufen hat, ließe sich da wohl verkennen, daß diese Gestaltung der Wissenschaft des vaterländischen Rechts großentheils selbst dem römischen Rechte und der daran geknüpften philosophischen und philologisch-historischen Bildung zu verdanken ist? Man ist warlich in der Bewunderung der Institutionen anderer Länder oft etwas gar zu freigebig, und frägt zu wenig nach den eigenthümlichen Aufgaben, welche jedem Volke für seine irdische Entwickelung von der Vorsehung besonders gesetzt worden sind. Was für das britische Insellande angemessen erscheint, ist es deshalb noch nicht für unser Vaterland, denn auch für die Völker- und Staatengeschichte gilt der goldene Spruch: Eines schickt sich nicht für alle. Je mehr aber die Idee des Nationalen geeignet ist, jedes edlere Herz zu erwärmen, desto ernster und dringender ist zugleich die Mahnung, den tieferen Gründen und der inneren Vernunft einer solchen nicht national abgeschlossenen Rechtsentwickelung, wie die in Deutschland gewesen, in dem großen und wunderbaren Gange der Weltgeschichte sorgfältig nachzuforschen.

Auch des Irrthums sei hier noch gedacht, der sich zuweilen in der Ansicht geltend machen will, zum Germanisten gehöre wesentlich eine Liebhaberei für alle nur ersinnliche Particularitäten des Rechts. Allerdings wird, wer nur irgend historischen Sinn zur Erforschung des einheimischen Rechts mitbringt, die unendliche Mannigfaltigkeit des individuellen Lebens, wie sie sich auch in diesem Gebiete kund giebt, sicherlich mit dem größten Behagen seiner Betrachtung unterwerfen; aber einen höheren Werth hat die einzelne Erscheinung doch immer nur, insofern sich ein allgemeinerer

Gedanke in ihr kund giebt. Jede Zeit hat ihre eigenen Bedürfnisse, und heute können wir eine Menge solcher Particularitäten hingeben, wenn uns nur die leitende Idee gerettet wird. Diese wird sich dann schon einen den jetzigen Zuständen entsprechenden Ausdruck zu schaffen wissen.

Wenn Puchta in der Vorrede zur zweiten Ausgabe seines Lehrbuchs der Pandekten der Mehrzahl der Germanisten die über Gebühr vorherrschende historische Behandlung des deutschen Rechts und den noch mehr als billig herrschenden Mangel des Systems und der Begriffe vorwirft, so kann man die hier behauptete Thatsache als solche vollständig einräumen. Nur wird darin für den billigen Beurtheiler bis jetzt wenigstens kein Grund zu einem Vorwurfe liegen können, da sich jener Umstand vielmehr ganz natürlich aus der unermeßlichen Fülle des vorhandenen Quellenstoffes erklärt, über welchen vor allen Dingen eine gewisse äußere Herrschaft errungen werden mußte. Das Entwickelungsgesetz jeder Wissenschaft wird aber gewiß auch hier nicht verfehlen, seine Kraft geltend zu machen; die Betrachtung wird immer mehr vom Aeußeren zum Inneren, vom Zufälligen zum Nothwendigen fortschreiten, und man darf auch nicht außer Acht lassen, daß des Letzteren schon jetzt selbst in den überwiegend historischen Darstellungen bei weitem mehr, wenn gleich oft sehr zerstreut, vorhanden ist, als es dem diesen Dingen ferner Stehenden auf den ersten Blick erscheinen mag. Wie Viel sich übrigens grade in den genannten Beziehungen aus einem vergleichenden Studium der großen Gesetzbücher der neueren Zeit, hier und da selbst wegen der darin vorhandenen Lücken und Unsicherheiten, lernen läßt, darauf ist schon oben hingewiesen worden.

In der gegenseitigen Wechselwirkung der beiden großen Quellenrechte, deren Verhältniß unter einander manche Aehnlichkeiten mit dem des **jus civile** und **jus gentium** im

römischen Rechte darbietet, liegt die Hoffnung einer gediegenen Wissenschaftlichkeit für die Jurisprudenz der künftigen Zeiten, und nur vermöge der ersteren wird die letztere den so zusammengesetzten Verhältnissen und verwickelten Beziehungen der sich immer bunter gestaltenden bürgerlichen Gesellschaft gewachsen sein. Den Bestrebungen für das vaterländische Recht kommt der unendliche Reiz zu Statten, der sich an alles Werdende, in der Entwickelung Begriffene knüpft. Je mehr sich die Germanisten ihres wahren Berufes bewußt werden, desto mehr wird auch hier die Wissenschaft als eine Prophetin des praktischen Lebens erscheinen, desto mehr werden sich die Ergebnisse derselben in der Wirklichkeit Anerkennung und Geltung verschaffen, und eine neue Gesetzgebung wird mit dem deutschen Rechte nicht stiefmütterlich umgehen dürfen, wenn sie den Wünschen und Bedürfnissen der Gegenwart entsprechen will. Aber so weit unser Auge reicht, können wir, was den wirklichen Inhalt des Rechts kommender Zeiten anbetrifft, keinesweges eine Beseitigung des römischen durch das deutsche kommen sehen, glauben vielmehr einerseits nur eine dem einheimischen Rechte allerdings weit günstigere Abgrenzung derjenigen Gebiete, worin je einem von beiden die erste Stimme einzuräumen ist, andererseits eine immer innigere Verschmelzung und gegenseitige Durchdringung beider in der Zukunft zu erblicken.

Druck von Graß, Barth und Comp. in Breslau.

Werner

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gaupp, Ernst Theodor,

Über die Zukunft des deutschen Rechts eine germanistische, mit besonderer Rücksicht auf die großen Gesetzbücher der neueren Zeit verfaßte Abhandlung

Breslau 1847

J.germ. 66 fm
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10551147-6